

Felipe Pante Leme de Campos

**DELINEAMENTOS DO ESTADO NA OBRA DE SANTI
ROMANO (1897-1947): INSTITUCIONALISMO NOS TRÓPICOS
E A APROPRIAÇÃO PELO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRO**

Dissertação submetida ao Curso de
Mestrado Stricto Sensu, área de Teoria
e História do Direito, do Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina, como requisito para a
obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Arno Dal Ri Junior,
Ph.D.

Coorientador: Prof. Dr. Caetano Dias
Corrêa

FLORIANÓPOLIS (SC)
2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Campos, Felipe Pante Leme de
Delineamentos do Estado na obra de Santi Romano
(1897-1947) : institucionalismo nos trópicos e a
apropriação pelo pensamento constitucional
brasileiro / Felipe Pante Leme de Campos ;
orientador, Arno Dal Ri Júnior, coorientador,
Caetano Dias Corrêa, 2017.
313 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de
Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis,
2017.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Santi Romano. 3. Estado moderno.
4. História do Direito. 5. História do pensamento
constitucional brasileiro. I. Dal Ri Júnior, Arno .
II. Corrêa, Caetano Dias. III. Universidade Federal
de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em
Direito. IV. Título.

**Delineamentos do Estado na obra de Santi Romano (1897-1947):
institucionalismo nos trópicos e a apropriação pelo pensamento
constitucional brasileiro**

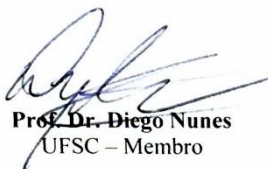
FELIPE PANTE LEME DE CAMPOS

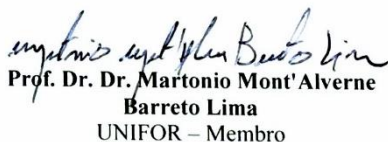
Esta Dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador
e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes
membros:

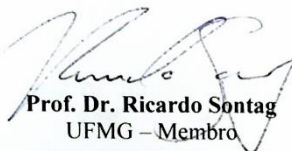

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior
UFSC – Orientador



Prof. Dr. Caetano Dias Corrêa
UFSC – Coorientador


Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold
UNIVALI – Membro


Prof. Dr. Diego Nunes
UFSC – Membro


**Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne
Barreto Lima**
UNIFOR – Membro


Prof. Dr. Ricardo Sontag
UFMG – Membro


Prof. Everton das Neves Gonçalves
Subcoordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Florianópolis, 13 de março de 2017.

AGRADECIMENTOS

"E pela lei natural dos encontros
eu deixo e recebo um tanto"

Os Novos Baianos

Agradecer implica, antes de qualquer altruísmo, uma posição negativa; mesmo egoísta. Retirar da esfera incidente todo aquele que, no momento tal, valorou-se não compatível com tal reconhecimento. Não fossem, porém, os tropeços, os resvalos e os remendos – que agora substanciam o significado, não seria ‘eu’ o mesmo. *Amor-fati*: “o caminho é o fim, mais que chegar”.

Aos que de forma positiva, portanto, contribuíram sobremaneira para a ‘conclusão’ deste trabalho, o reconhecimento explícito.

Inicialmente aos meus pais e irmão - instituição menor - que me ensinaram a importância dos laços humanos, das alegrias leves diante das tormentas; o preponderar do afetivo sobre tudo quanto, não incluído aí, sobeja. Sobre os laços verdadeiros que unem sem prender. À minha avó, em especial, pelo amor e pela insistente fé no desejar-me, ainda hoje, o tão distante juízo. Amo vocês.

Aos amigos de Fortaleza; professor Martônio, a quem devo principalmente a iniciação na vida acadêmica. Tornada amizade, agradeço profundamente pelos laços e pelo constante ensinamento, de vida, sobretudo. Aos amigos Vieira e Valter, pela acolhida inicial em Floripa, pelos almoços no R.U. Ao amigo Nogueira, para além da amizade, por ter cedido gentilmente sua *dasha* espaiada. Retiro no qual pude, neste tormentoso momento, encontrar algum conforto e, ainda que torto, dar corpo ao trabalho.

Aos amigos da Ilha, meu agradecimento generalizado pela insubstituível experiência. São efetivamente indissociáveis as experiências do mestrado e a companhia de cada um de vocês.

É, a bem da verdade, a instituição, por assim dizer, 313 a que devo a gratidão eterna pelo acolher e comungar das loucuras. Há, na falta do juízo, um ninho em que se encontra sempre acolhida.

Ao amigo Bedin agradeço a companhia, a conversa – tresloucada, quase sempre – e, particularmente, o indissociável pós-UFSC no Silvinho. Ponto no qual estendo o agradecimento a todos os que compõem a 313 e, essencialmente, o *ius commune*, que ora represento nos professores

Sontag e Nunes. Base sedimentada a qual pude, graciosamente, compartilhar, ainda que em pequena proporção.

Aos colegas todos e viventes assíduos da 313, personifico o agradecimento à Chiara (Gorlami!), que representa, creio, o carinho que permeia a sala.

Ao professor Arno, principalmente. Não apenas pela acolhida paterna, mas pelo comungar do cotidiano. Pela confiança acreditada e, especialmente, pela exigência constante (ainda que diante de minhas não raras fugas!). É efetivamente um misto que nos torna a todos seres outros. Agradeço, portanto, de coração, ao Babbo.

Ao professor Caetano, o agradecimento pelo aceite na coorientação.

Ao professor Pasold, por engrandecer de forma inenarrável a banca, a minha formação, portanto.

No correr da vida, corolário indissociável da 313, agradeço enormemente ao amigo Airton. Certamente a recepção em Firenze aliada ao *chianti* nosso de cada dia foram, certamente, essenciais para me tornar extensão daquela realidade outrora tão distante.

Ao professor Paolo Cappellini pela acolhida na *Università degli studi di Firenze*, pelo carinho e por ter me mostrado que há, na Itália, *rock* a ser apreciado. A peculiaridade contagiante é, agora, inafastável de mim.

Ao professor Paolo Grossi, pelo também agradável abrigo no *Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno* e pela inerente simpatia com que fui recebido.

Registro, ainda, o enorme carinho à Cida. Faz falta do atarantá-la ao café cotidiano.

Agradeço ainda, individualmente, a especial atenção recebida pela bibliotecária da Faculdade de Direito do Recife, Sra. Maria Inês e, ainda, a figura caricata do Paulo, restaurador e Professor (da rede municipal do Recife) que, de todo, facilitaram-me, gentilmente, a vida no acesso ao acervo de obras raras e ao prédio histórico da Faculdade.

Por fim, em tempos de estreiteza (não apenas!) política, urge registrar o agradecimento ao financiamento desta pesquisa e da minha formação – o que ora se pode dizer regalia – ao CNPq.

São, portanto, os agradecimentos reconhecidamente positivos naquilo que permeou o traçado do presente trabalho e, ainda mais, por possibilitarem o prosseguir tão almejado na vida acadêmica; que, em si, é vida!

*Eh, mon cher général, je me mêle
du riz et des côtelettes, mêlez-vous
des affaires de la guerre.*

Liev Tolstói

RESUMO

A conformação teórica do Estado moderno retira seus fundamentos sobretudo da juspublicística alemã e da Escola francesa. A esta se deve não apenas a anterior teorização jurídica da soberania como, corolário da ruptura jacobina, as bases liberais que permeiam a compreensão protetiva do indivíduo. Lança-se, entretanto, o forjar do conceito de nação cuja titularidade repousa a soberania. Da juspublicística alemã, resultado do conformar potestativo tendente à centralidade, resulta erigido o Estado como absorção do político e titular exclusivo do então jurídico. Resta cinzelado senão o Estado de Direito como elemento moral de decisão unitária. Ambos movimentos que racionalizam a conformação teórica para então ajustá-la forçosamente à realidade. O constitucionalismo, portanto, do *Novecento* pauta-se na compreensão de constituição do Estado. Em sentido inverso, Santi Romano parte do concreto para então constatar o distanciamento teórico da própria realidade. Constata, por conseguinte, senão o que define como crise do Estado moderno. Direciona, assim, a desconstrução teórica a que se propõe senão à própria juspublicística alemã e à escola sociológica de Bordeaux. Da pretensão totalizante do ente abstrato estatal, cinzela aquela que propõe enquanto superação da propalada crise: o institucionalismo jurídico. Assim, pautado no método de procedimento histórico, buscou-se analisar a compreensão dos delineamentos do Estado no pensamento de Santi Romano e, uma vez situados e apreendidos, utilizando-se da trama, verificou-se a correlação com as escolas com as quais dialoga: alemã e francesa. Influxo direto, no que tange à conformação do pensamento constitucional brasileiro, diretamente influenciado pelo pensamento europeu, sobretudo, buscou-se também verificar as influências, apropriações e distanciamentos a partir do pensamento do jurista palermitano, de forma a compreender a sua contextualização no Brasil.

Palavras-chave: História do pensamento constitucional. Teoria do Estado. Santi Romano. Institucionalismo.

RIASSUNTO

La conformazione teorica dello Stato moderno trae le sue basi soprattutto dalla giuspubblicistica tedesca e anche dalla scuola francese. A quest'ultima non si deve soltanto la teorizzazione giuridica della sovranità, ma anche – corollario della rottura giacobina – le basi liberali che fanno alla base della comprensione protettiva dell'individuo. Teorizza anche la forgiatura del concetto di nazione in cui riposa la sovranità. Dalla giuspubblicistica tedesca, risultato della centralità del potere, risulta la costruzione dello Stato in cui resta assorbito il politico e anche il giuridico della società. Cioè, lo Stato come unità morale di decisione, ossia, lo Stato di Diritto. Entrambi i movimenti cercano di regolare la razionalizzazione della realtà stessa. Il costituzionalismo del Novecento è guidato, in questo modo, dalla comprensione della costituzione dello Stato. Al contrario, Santi Romano parte dal concreto per poi verificare la distanza teorica dalla realtà stessa. Quindi, nota quello che viene definito come la crisi dello Stato moderno. Successivamente cerca di effettuare la decostruzione teorica della stessa giuspubblicistica tedesca e anche della scuola francese. Dalla pretesa totalizzante dello Stato, finzione astratta, sborza ciò che propone come superamento della crisi diffusa: l'istituzionalismo giuridico. Così, sulla base del metodo storico, si è cercato di esaminare la comprensione dei delineamenti dello Stato presenti nel pensiero di Santi Romano e, una volta individuati ed assorbiti, con l'idea della trama, si è cercato di stabilire una correlazione con le scuole con cui Romano dialoga: quella tedesca e quella francese. Per quanto riguarda la conformazione del pensiero giuridico brasiliano, influenzato anche direttamente dal pensiero europeo, si è cercato, soprattutto, di studiare le influenze, le appropriazioni e le prese di distanza dal pensiero del giurista palermitano, al fine di comprendere la sua contestualizzazione in Brasile.

Parole-chiave: Storia del pensiero costituzionale. Teoria dello Stato. Santi Romano. Istituzionalismo.

RÉSUMÉ

La conformation théorique de l'État moderne tire ses fondements surtout des écoles des publicistes allemands et de l'École Française. Celle-là est dû non seulement à la théorie/théorisation juridique antérieure de la souveraineté tels que, corollaire de la rupture jacobine, les bases libérales qui sous-tendent la compréhension de protection de l'individu. On lance, cependant, la forge du concept de nation dont la titularité/propriété repose sur la souveraineté. De la doctrine publiciste allemande, le résultat du conformer potestative tendant à la centralité, l'État est conçu comme absorbant entièrement la sphère du politique et comme titulaire exclusif du juridique. A savoir, l'État comme entité morale de décision unitaire ; autrement dit, l'État de droit. Les deux mouvements qui rationalisent la conformation théorique pour l'ajuster alors forcément auprès la réalité. Le Constitutionnalisme, par conséquent, du « Novecento » est guidé à partir de la compréhension de la constitution de l'État. A l'inverse, Santi Romano part du concret afin de constater alors le détachement théorique de la réalité. On observe, donc, ce qu'on définit comme la crise de l'État moderne. Ensuite, il s'attache à la déconstruction théorique des doctrines publicistes allemandes et de l'école sociologique de Bordeaux. De la prétention totalisante de l'être abstrait de l'État, il dresse ce qu'il propose comme dépassement de la crise généralisée : l'institutionnalisme juridique. Ainsi, selon la méthode de la procédure historique, nous avons essayé d'examiner la compréhension des traces de l'État décrit auprès la pensée de Santi Romano et, une fois les avoir situés et saisis, en s'utilisant de trama, nous avons vérifié la corrélation avec les écoles avec lesquelles il dialogue : les écoles allemande et française. Incidence directe en ce qui concerne la conformation de la pensée constitutionnelle brésilienne, directement influencée par la pensée européenne, par rapport à laquelle nous avons également essayé de vérifier les influences, les appropriations et les détachements à partir de la pensée du juriste de Palerme, afin de comprendre sa contextualisation au Brésil.

Mots-clés: Histoire de la pensée constitutionnelle. Théorie de l'État. Santi Romano. Institutionnalisme.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 DELINEAMENTOS DO ESTADO EM SANTI ROMANO	31
1.1 OS DELINEAMENTOS INICIAIS: PERSONALISMO JURÍDICO COMO TOTALIDADE ESTATAL	36
1.1.1 Direitos Subjetivos e o Estado	49
1.1.2 Direito de Supremacia	52
1.1.3 Órgãos Constitucionais	58
1.2 O ESTADO MODERNO E A SUA CRISE	74
1.2.1 A crítica à pretensão totalizante: O Briareo poético	80
1.2.1.1 – O corporativismo como via alternativa ao Briareo? .	87
1.2.2 Titanomaquia	92
1.3 O INSTITUCIONALISMO ROMANIANO	101
2 O PENSAMENTO DE SANTI ROMANO: INFLUÊNCIAS TEÓRICAS	117
2.1 A JUSPUBLICÍSTICA ALEMÃ: DA REJEIÇÃO À ABSORÇÃO	122
2.1.1 O debate com Jellinek: elementos do Estado	128
2.2 A ESCOLA DE BORDEAUX	153
2.2.1 O institucionalismo de Hauriou	159
2.2.2 A crítica teórica de Duguit	179
3 O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: REVELAÇÕES ROMANIANAS	199
3.1 O PERÍODO PRÉ-REALE	207
3.2 “MÔNADAS SEM JANELAS”: o Institucionalismo de Santi Romano no pensamento de Miguel Reale	220
3.2.1 Elementos de Teoria Geral do Estado	229

3.2.2 REALE, o antiformalismo e o integralismo.....	239
3.3 O PERÍODO PÓS-REALE	242
3.4 A INSERÇÃO PÁTRIA DO ‘PRINCÍPIOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL GERAL’	265
CONSIDERAÇÕES FINAIS	295
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	305

INTRODUÇÃO

*“Pur volendo magari aderire alla risibile bizzarria del Jäger, che tratta dello Stato nel suo manuale di zoologia, accanto agli altri animali”*¹; É, certamente, uma síntese do jurista palermitano que serve essencialmente de premissa para o traçado teórico por ele perseguido, ao tempo que representa também a totalidade nevrálgica daquele que se pode afirmar ser o seu pensamento. A um porque representa o constante refutar teórico do jurista enquanto do trato daquilo que pertine exclusivamente ao direito. A dois porque representa, embora aparentemente simplória, a compreensão esboçada acerca do Estado e da Teoria Constitucional inerente; portanto, a ruptura apresentada pelo jurista ao se opor à visão então dominante no pensamento constitucional. A três, na medida em que apresenta também o desprezo deliberado e consciente do jurista na busca de um cinzelar jurídico sem, porém, despir-se de severas e robustas críticas teóricas.

Pode-se afirmar, portanto, portar o jurista palermitano a veste técnico-jurídica a partir da qual, com o olhar crítico, direciona-se principalmente à desconstrução de tudo quanto se lhe apresente como pretensamente fundamentado. É, nesse sentido, partindo do concreto, da realidade fática e daquilo que se lhe apresenta visível aos olhos – embora mostre-se tal qual perante todos os demais – que Romano então se distingue ao se distanciar da visão enrubescida e perscrutar senão o sublunar.

Sem pretendê-lo reduzir, é exatamente este o traçado primordial de Romano: desvencilhar-se do romantismo e do entorpecimento para, então calcado por sobre os alicerces do fisiológico, do concreto, esmiuçar o fenômeno envolto na compreensão do Direito e do Estado.

Nessa diretriz, mantém a vista crítica especialmente direcionada para a juspublicística alemã e para a escola de Bordeaux. Desconstruir a reiterada compreensão equivocada do Estado é, portanto, voltar os olhos para aquelas que, na conformação do pensamento constitucional europeu, pujança teórica demonstraram.

Filho do então nascente *Novecento*, vivencia Romano não apenas a recente formação dos Estados nacionais, mas a ruptura mesma e,

¹ ROMANO, Santi. **La teoria dei diritti pubblici subbiettivi**: nozione sistematiche. Milano: Società editrice libraria, 1897, p. 37.

portanto, suporta ainda as influências do não distante Estado absoluto e a conformação do Estado moderno². É, por assim dizer, filho da transição.

Se, por um lado, surge na França um movimento de ruptura que culmina com a implantação de bases jacobinas³, por outro, surge também, em distanciamento, a crítica pela própria escola sociológica da racionalização pretensa de ideários liberais em manifesta discordância da realidade social.

Volta outra, surge também na Alemanha, em menor medida como resposta à ruptura – embora influenciada –, mas essencialmente como elemento de conformação, uma unidade política que refute a então realidade fragmentada tedesca. As inúmeras searas potestativas menores, particulares do contexto alemão, que tendem à ruptura e esfacelamento da então pretensa conformação nacional, fomentam o movimento antagônico de centralização estatal.

Teorização bem-acabada que, por consequência, cinzela um Estado forte; uma unidade que faz convergir em si e para si tudo quanto presente na realidade social. Se se reconhece, na Alemanha, a objetividade do direito, reconhece-se também a imprescindibilidade da subjetividade conformadora como elemento de dualismo que parte do indivíduo, mas, sobretudo por sobre ele incide: ei-lo o Estado enquanto unidade de decisão moral.

Ainda à Alemanha deve-se, precipuamente neste contexto – corolário outro do afastar concomitante das esferas menores de poder e – então, com os olhos para a realidade francesa, a constante preocupação em não apenas convergir o social no Estado, mas primordialmente teorizar no e através do direito elementos que delimitem a atuação do político e sua inafastável, até então, interferência na unidade de decisão.

Associados, o Estado de Direito e os princípios jacobinos decorrentes da Revolução, conformam sobremaneira aquilo que se definirá por constitucionalismo moderno, além de influências outras conformadoras. Levados ao extremo, neste particular com vistas sempre ao então ‘modelo ideal’⁴ e consolidado inglês, projetam-se, ora na

² Cf. FIORAVANTI, Maurizio (*a cura di*). **Lo Stato moderno in Europa**. Bari: Laterza, 2014.

³ Cf. GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. Milano: Giuffrè, 2001. Cf., ainda, CAPPELLINI, Paolo. Codici. In FIORAVANTI, Maurizio (*a cura di*). **Lo Stato moderno in Europa**. Bari: Laterza, 2014. p. 102-127.

⁴ Acerca da transposição conformadora de modelos tidos então como ‘ideais’, significativa a crítica exposta por Paolo Grossi e Paolo Cappellini. Significativa no tocante à matriz crítica teórica; é dizer, embora direcionados para uma crítica

transposição forçada dos elementos fisiológicos neste último presentes, sobejamente romantizados naquelas que virão a ser as cartas constitucionais.

É, basilarmente, o apreço demasiado à projeção que delas – as Cartas – espera-se que se teorizam, então, as garantias, ora do indivíduo, ora do próprio Estado como elemento jurídico cogentes; da tentativa de ‘consolidar’ forçosamente a espontaneidade do sistema constitucional inglês, travestiram-no em folhas de papel e criaram, forçosamente, um ídolo a ser pretensiosamente adorado. Ídolo do qual espera – a realidade do *Novecento* – não apenas a salvação, mas para o qual se destina a idolatria; portanto, cega.

Naquilo que tange à península, indissociável o sentimento conformador de unidade do então recente *Risorgimento*⁵, singularmente naquilo que resultou a formação do Reino. Sentimento esse refletido sobremaneira naquele que se tornará o ‘pai’ do Direito Público Italiano. A visão unitária, particularmente a partir do próprio Estado, reflete, de forma bem-acabada, o contexto recente vivenciado por Vittorio Emanuele Orlando.

É esse, fundamentalmente, o contexto no qual se lança Santi Romano. Se por um lado toca Romano com certa distância temporal o contexto específico de conformação do Reino, por outro dele não dista de forma considerável. Se lhe aproxima, volta outra, essencialmente a partir da convivência acadêmica com aquele que se tornará seu preceptor.

da ‘codificação’, inclinada particularmente para uma perspectiva a partir do Código Napoleônico, a ideia exposta no que pertine à redução da complexidade social e da ilusão inerente à compreensão do direito enquanto ‘pedaço de papel’ é, de todo correlacionável – enquanto ideia – da crítica realizada por Romano acerca da também redução do direito realizada pelas cartas constitucionais. Resguardada então essa ressalva teórica, pertinente: “*Mito e simbolo, si diceva. E sicuramente modello. [...] Il Codice Napoleone [...] è appunto definito a buon diritto come una grand’opera, e si soggiunge «e sul quale si modellarono poi quasi tutti gli altri codici dell’Europa» (e non solo, ma anche, integribamo noi, al di fuori dell’Europa e in specie in America Latina.). Orbene, come pare, con quel si modellarono siamo di fronte, nella lingua italiana, «alla prima attestazione conosciuta di modellarsi nel senso di ‘conformarsi’». Anche questo un ‘piccolo’ sintomo di una ‘grande’ storia.*”, Cf. Cappellini, 2014, p. 121-122.

⁵ Veja-se, em sentido esmiuçado do termo, em suas mais diversas concepções, a partir de uma perspectiva italiana, o que expõe BAMBI, Federigo. «Risorgimento»: Parola italiana, parola europea. **Quaderni Fiorentini per la Storia de Pensiero Giuridico Moderno**, Milano, v. XLV, p. 17-31, 2016.

Entretanto, para além das bases de conformação, Romano incorpora fundamentalmente a mesma compreensão unitária e o preciosismo técnico-jurídico presentes em Orlando. Atua, a partir de então, sua própria idiossincrasia crítica, sua constante inconformidade com aquilo que se mostra ‘posto’ e, por conseguinte, seu desprezo deliberado com as incursões teóricas que, forçosamente, buscam ajustar a realidade em moldes descabidos.

Traça, portanto, caminho inverso. Parte do concreto e, da constatação do real, compreende o fenômeno Estado para, então, mostrar-se contrário as formas. Essencialmente antiformalista, arraigado na técnica, apõe a completa insuficiência teórica daquele que, formulado no imaginário, apresenta-se enquanto Estado. É aquela que se pode definir como a constatação da ‘crise do Estado moderno’. A crítica aos textos ‘legais’ segue, por consequência, a mesma sorte, na medida em que, longe de refletirem o real, pretendem moldá-lo em sua abstração inerente tal qual a fantasiosa criação do Estado.

Embora parta, entretanto, de uma visão unitária, distancia-se da juspublicística alemã: segundo a qual, na pretensão de teorizar um Estado de Direito, despiram-se os teóricos primordialmente senão do próprio Direito. Olvidaram-no, o direito, no percorrer trôpego, aos olhos de Romano.

Busca então desconstruir, assim, os elementos teóricos envoltos no Estado alemão: soberania, subjetivismo/objetivismo e personalismo jurídico são pontos precípuos da análise⁶ do jurista. Trava, para tanto, embates teóricos principalmente com Jellinek, o representante primeiro da teorização do Estado de Direito e, indissociável de seu contexto, herdeiro do romantismo alemão.

Da escola francesa, utiliza premissas sociológicas, embora busque sempre se ater ao jurídico. Aproxima-se especificamente das críticas de

⁶ O veio crítico do jurista palermitano, associado então à (necessária) crítica direcionada para a juspublicística tedesca é, de forma bastante pertinente e elucidativa, evidenciado em crítica outra não menos severa; *vide*, para tanto, DE VITI DE MARCO, Antonio. **Un trentennio di lotte politiche: 1894-1922**. Roma: Collezione meridionale editrice, [1929], p. 299, nota 1, nestes termos: “Giornale degli Economisti, marzo 1899. (*Le condizioni sulle origini e sulla formazione delle libertà politiche in Inghilterra sono prese da alcuni tra i più noti costituzionalisti inglesi. Se son parse originali è perché i nostri costituzionalisti, invece di studiare la storia del paese in cui il popolo ha sostenuto lotte secolari per conquistare tali libertà, hanno preferito dedurle dalle elucubrazioni filosofiche dei professori tedeschi di diritto pubblico, che erano pagati per legittimare sotto formule liberali il regime assolutista*)”.

León Duguit e do institucionalismo esboçado por Maurice Hauriou. Quando propõe, então, como via alternativa ao Estado Briareo, aquele que definirá como o institucionalismo italiano.

Afastado de qualquer traço reducionista e simplista, pode-se afirmar, certamente, que dois principais momentos históricos definem, regra geral, e lançam, consequentemente, o pensamento do jurista palermitano Santi Romano. O primeiro quando do discurso inaugural do ano acadêmico de 1909/1910, proferido na Universidade de Pisa e o segundo momento quando do lançamento da segunda edição do *L'ordinamento giuridico*, originalmente escrito em 1917⁷ e revisitado em 1945.

É, sobretudo, no primeiro momento em que se apresenta uma ruptura⁸ clara com a então dominante juspublicística alemã. Em clara

⁷ Muito embora seja considerada a data de publicação o ano de 1918 em Pisa, há, já em 1917 nos *Annali delle Università toscane* a divulgação do texto de forma não autônoma. É, assim, tão somente em 1918 que a obra é lançada enquanto obra única. Nesse sentido RIPEPE, Eugenio. *La teoria dell'ordinamento giuridico*: Santi Romano. In CAPPELLINI, Paolo *et al.* **Il pensiero giuridico italiano**. Roma: Treccani, 2015, p. 315-323; SANDULLI, Aldo. Santi Romano. In BIROCCHI, Italo *et al.* **Dizionario biografico dei giuristi italiani**. Bologna: Il Mulino, 2013, v. 2, p.1728-1731; e, ainda, ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

⁸ Cf. GROSSI, Paolo. **Introduzione al novecento giuridico**. Bari: Laterza, 2012, p. 48. Nesse sentido: “*Modernità giuridica: una civiltà che, nella sua piena maturità, tra fine Settecento e inizi Ottocento, nell'Europa continentale, si era arroccata in alcune certezze, le aveva ritenute indiscutibili e vi aveva – al di sopra – costruito un edificio inespugnabile. Il pilastro portante era lo Stato, al quale era confidata la produzione di tutto il diritto; unica fonte, condizionante ogni altra manifestazione, era la legge quale espressione della volontà dello Stato; suo momento apicale era la grande opera di codificazione avviata nei primi anni dell'Ottocento e portata a compiuta realizzazione per tutto il secolo. Stato, legge, Codice altro non erano che prodotti storici, ed era facile cogliere in essi le molte valenze positive concretizzate in risultati di certezza, chiarezza, sistematicità, che facevano spicco sulla incertezza, oscurità, alluvionalità imperanti sino alla fine dell'antico regime. [...] il suo rimprovero [Santi Romano] è che si era voluto costruire su delle fondazioni malsicure, su una sorta di mitologia giuridica articolata in credenze, su dei dogmi insuscettibili di discussione, e non già sulla analisi obbiettiva di un contesto storicamente concreto*”. Nessa mesma perspectiva, TRENTIN, Silvio. **Diritto e Democrazia**: scritti sul fascismo 1928-1937. Vicenza: Marsilio Editori, 1988, p. xvii. Aponta, portanto que “*Il positivismo valutativo, il formalismo giuridico eticamente*

afronta⁹, Santi Romano apresenta o Estado moderno¹⁰ como mera construção fictícia – Briareo¹¹ – cujo distanciamento da realidade é

agnostico e statalistico, diventavano ora in Italia il lasciapassare teorico, l'alibi scientifico che consentiva a insigni giuristi, da Santi Romano allo stesso Vacchelli, il « maestro indimenticabile » cui aveva dedicato nel 1915 L'atto amministrativo, sua principale opera giuridica – che pure avevano dato contributi fondamentali alla costruzione della dottrina dello stato di diritto secondo i principi liberali – di trasformarsi in teorici e apologeti dello stato totalitario fondato sull'arbitrio del potere esecutivo. Mai in alcuni paesi di civiltà europea, uscito dalle rivoluzioni liberali, si era visto un caso così patente in cui la norma positiva, derivata da fonti giuridicamente ineccepibili, calpestava sistematicamente i principi più gelosi della giustizia. Contro « i teorici della forma pura e gli esegeti sedicenti positivisti », contro il dogmatismo giuridico miope e opportunista, prigioniero della norma « idolatria meschina della tecnica », occorre farsi « giuristi filosofi del diritto », per rivendicare e riscoprire il « diritto vero », anteriore e preminente rispetto alla legge positiva, e i valori imprescrittibili della giustizia. Era un'esigenza politica, che scaturiva però da un imperativo etico”.

⁹ Cf. FASSÒ, Guido. **Storia della filosofia del diritto**. III Ottocento e Novecento. Roma: Laterza, 2001, p. 285. Senão: “Negli anni in cui si andava compiendo, con la dottrina normativistica del Kelsen, il più vigoroso sforzo di fondazione logica e di costruzione sistematica del formalismo giuridico, appariva in Italia la più conseguente e coraggiosa fra le teorie del diritto antinormativistiche: quella, incentrata sul concetto di istituzione, che Santi Romano (1857-1947) enunciò in un'opera del 1917 che ebbe vastissima eco, *L'ordinamento giuridico*”.

¹⁰ Cf. ROMANO, Santi. **Lo Stato moderno e la sua crisi**: discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella r. Università di Pisa. Pisa: Vannucchi, 1909, p.4. No original: “Formulava, com'è noto, tale legge il fondatore della scuola storica del diritto, proprio nel tempo in cui, dall'improvviso sovvertimento di tutti i rapporti politici e dal formidabile urto, che aveva mandato in frantumi un mondo intero, sorgeva, come divelto dal passato, quasi come creazione ex nihilo, lo Stato moderno. Lo schianto violento della rivoluzione francese e i suoi contraccolpi avevano distrutto istituzioni, che, senza dubbio, erano state elaborate dallo spirito secolare delle varie nazioni, e le istituzioni nuove, che sorgevano sulle loro rovine, sembravano piuttosto chiamate a vita dalla bacchetta magica di capricciosi legislatori, sotto gli auspicci e i dettami della dea ragione, che, a prima vista, avrebbe potuto meritare meglio il nome, grazie ai poeti non meno divino, di fantasia”.

¹¹ Acerca do conceito apropriado de Briareo, Cf. ROMANO, 1909, p.10. Esclareça-se: “Questa non sarebbe che un'inutile e superflua finzione giuridica: la realtà, esaminata da vicino, ci mostrerebbe sempre una contrapposizione fra governati e governanti, e il pubblico potere si accentrerebbe, non solo di fatto, ma anche giuridicamente, in un numero più o meno grande di persone fisiche: nel principe, negli elettori, negli eletti, e così via. L'ente Stato, vero Briareo dalle

sobremaneira constatado de forma tal que não se lhe pode mais legitimar a fundamentação até então teorizada pelos juristas.

Considerada a peculiaridade histórica na qual se encontra situado o jurista italiano, vê prejudicado¹² o lançamento de algumas de suas obras. Não obstante tal, em 1918 é oferecido pelo jurista o que viria a ser a satisfação às críticas anteriormente levantadas, é dizer, lança a primeira edição do *L'ordinamento giuridico*.

Entretanto, o término da Guerra permite a compreensão de elementos até então não vivenciados pelo jurista e que, uma vez assimilados¹³, são objeto não apenas de um escrito específico, mas mesmo do aperfeiçoamento e revisão do seu então recente lançamento.

cento braccia, anzi dagli innumerevoli organi, non esisterebbe che nella fantasia di giuristi più o meno filosofi, mentre una dottrina veramente positiva non potrebbe ammettere altra realtà all'infuori degli uomini.”. Veja-se também, acerca do contexto histórico mencionado, GHISALBERTI, Carlo. **Storia costituzionale d'Italia 1848/1994**. Roma: Laterza, 2004, p.377. No original: “*La dittatura autoritaria trovava così in una vasta pubblicistica argomenti e sofismi a sua giustificazione e glorificazione. [...] E peraltro la stessa adesione al regime di pubblicisti di alto livello, come Santi Romano che pure aveva teorizzato in passato, contro gli eccessi della statolatria centralizzatrice dominante la dottrina italiana, la concezione della pluralità degli ordinamenti giuridici, ricca di aperture sociologiche e derivante dal garantismo anglosassone, finì col rafforzare il potere dominante offrendo ad esso appoggio e sostegno*”.

¹² Cf. SANDULLI, 2013, p. 1728-1729. Nesse sentido: “*Dunque, già nella prima decade del Novecento, R. [Santi Romano] aveva perfettamente colto la complessità dell'universo giuridico e la crisi di uno Stato fragile e vacillante. Ma vi è senza dubbio uno stacco, una cesura tra il R. del primo decennio del Novecento e quello che, nell'immediato primo dopoguerra, pubblica il volumetto su L'ordinamento giuridico. Nel 1914 scrisse Il diritto pubblico italiano (Italienisches Staatsrecht), destinato a lettori di lingua tedesca, che, a causa degli eventi bellici, fu pubblicato postumo (MILANO 1988). Dapprima lo scoppio della prima guerra mondiale impedì la consegna all'editore; poi le modificazioni istituzionali prodotte dall'avvento del fascismo resero superato l'impianto del volume. La stesura dell'opera, vero e proprio trattato di Staatsrecht, costituì probabilmente il sostrato teorico-sistematico de L'ordinamento giuridico. Quest'ultima opera, pubblicata nel 1917 sugli Annali delle Università toscane (e l'anno successivo, a Pisa, in volume autonomo), è la sua più celebre monografia e può essere considerata l'opera giuridica italiana più importante del Novecento*”.

¹³ O jurista italiano profere a aula inaugural do ano acadêmico de 1917-18 no Istituto di Scienze Sociali Cesare Alfieri que culmina na obra *Oltre lo Stato*. Os elementos então lançados nesta obra são posteriormente desenvolvidos pelo jurista e culminam na revisão do *L'ordinamento giuridico* – segunda edição

Publicado, portanto, a obra fundante do institucionalismo¹⁴ jurídico italiano, há uma completa modificação teórica do Estado, ora como instituição e, nesse sentido, não distinguível, *a priori*, das demais organizações sociais ‘menores’.

Tal postura pelo jurista adotada implica uma profunda consciência precípua do próprio tempo que o cerca¹⁵. Singular que possa se apresentar, é este o traçado guia da presente abordagem no sentido de, para além do tempo histórico situado, buscar, de forma crítica e analítica, também o próprio traçado poeticamente bosquejado pelo autor. Tracejo esse que, enquanto elemento de comparação, permite sobremaneira verificar as descontinuidades presentes.

publicada em 1945 – notadamente acerca da compreensão da pluralidade dos ordenamentos jurídicos e do direito internacional como ordenamentos jurídicos não estatais.

¹⁴ ORLANDO, V. E. **Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico**. Modena: Università di Modena, 1948, p. 3. Nesse sentido: “*Nell’aprile dello scorso anno 1947 io dissi la mia prolusione al ripreso corso di Diritto costituzionale preso l’Università di Roma, proponendomi di riscontrare nell’ordine delle scienze nostre i segni precursori di quella rivoluzione mondiale e quindi istituzionale, cui assistiamo. Or, fra quelle nuove dottrine, fiorite proprio in principio del nostro secolo, doveti considerare come principalissima quella che si intitola dottrina dell’Istituzione. A questo proposito si poneva subito in prima linea l’opera di Santi Romano; ed io manifestai l’opinione che quella dottrina avesse avuto l’espressione più pura sotto l’aspetto del metodo, e nel tempo stesso giuridicamente la più completa, nell’opera appunto del Romano con questo titolo più comprensivo e più ampio, «Dell’ordinamento giuridico»*”.

¹⁵ É, *a contrario*, o que se tem por confirmado quando da crítica realizada por Cassese ao tratar ‘*Le debolezze dello Stato: il ritardo nella formazione della nazione e la fragilità della sua struttura*’ senão, vide CASSESE, Sabino. **Lo Stato introvabile**: modernità e arretratezza delle istituzioni italiane. Roma: Donzelli, 1998, p. 55-56, no original: “*Ciò fu dovuto al formalismo dei giuristi, che si accontentarono dell’aspetto legale, dello Stato persona, invece di preoccuparsi della persona reale dello Stato. Anche in questo caso, le cause sono da ricercarsi nel germanesimo imperante nella cultura, e nella disattenzione verso il Regno Unito, [...]. La disattenzione per la persona reale dello Stato ha dunque contribuito a lasciare incompleto l’edificio statale. Questo fu disegnato con il complesso legislativo di unificazione (1865). Successivamente è stato innumerevoli volte ritoccato, mutandone tante parti da rendere il disegno originario irrecognoscibile, ma senza mai sostituire questo con un altro disegno. Per cui vi è stata evoluzione per adattamenti, o – se si preferisce – cambiamento senza innovazione*”.

Expostos os dois principais momentos do jurista italiano, resta esclarecer que a exposição do pensamento de Santi Romano limita-se, em grande parte, ao segundo momento histórico. Olvida-se, porém, uma compreensão da teorização do pensamento do jurista italiano em sua totalidade e, particularmente, acerca da análise histórica da teorização do Estado no pensamento do juspublicista.

Análise essa que não apenas decorre da exposição de Romano, mas que avoca, enquanto marco teórico guia da presente análise, para uma apropriada interpretação, as lentes do historiador do direito Paolo Grossi¹⁶. Desvencilhando-se, nesse sentido, de todo e qualquer apego teórico aos mitos¹⁷ consolidados que influem na conformação do pensamento do jurista, notadamente ao conceito de Estado e dos conceitos daí decorrentes. Ou seja, relativizado o conceito em si próprio, deve-se buscar a contextualização da expressão correspondente no pensamento à época teorizado.

Inserção histórica essa que permite ao historiador do direito compreender as mais diversas implicações, raízes e, conseqüentemente os nexos e corolários que desta teorização se possa extrair, mormente se analisadas as descontinuidades teóricas.

Eis o mérito de Romano e, por vias reflexas, a importância crítica do historiador do direito na medida em que, ao desmistificar os conceitos dogmatizados¹⁸, relativizando-os, destrincha-os e, assim, situa-os em sua

¹⁶ GROSSI, 2012, p. 64. Urge clarear que, para além de historiador do direito, debruça-se Grossi, de forma apropriada, por sobre o pensamento de Santi Romano. Portanto, assaz contundente a justa utilização enquanto matiz teórica, senão: “*V’è una raccomandazione espressa nel congedo di Romano dai suoi uditori: quella di vivere intensamente il proprio tempo e di non deporre mai la vigilanza nello sguardo; solo contemplando criticamente il proprio tempo si possono individuare in esso quei germi che indicano l’itinerario verso il futuro e che saranno indispensabili per costruire il futuro. è quello che ha tentato di fare Santi Romano nel sul messaggio pisano del 1909*”.

¹⁷ Cf. DE GIOVANNI, Biagio. **Elogio della sovranità politica**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2015, p. 257. Ilustrativo, nesse sentido: “*Santi Romano, nell’avvertire la crisi dello Stato, nel 1909, in tempi anticipati sulle dominanti teorie del diritto pubblico, smitizzò il concetto stesso di ‘popolo’ senza però dissolvere l’ordinamento giuridico nel logicismo normativo*”.

¹⁸ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 14. “A história não tem a incumbência de brindar modelos ao presente: verdade elementar especialmente dirigia aos colegas romanistas, tão inclinados com frequência, todos eles, a imobilizar e dogmatizar os seus admiráveis arquétipos ‘clássicos’”.

complexidade ontológica de modo a possibilitar uma correta análise crítica, afinal “ainda hoje [...] nos comportamos de forma tão pouco crítica quanto um jacobino exaltado por um discurso de Robespierre”¹⁹.

Análítica na medida em que, referida perspectiva, ao fornecer os elementos específicos, permite ao historiador do Direito, com a distância necessária de seu objeto de estudo, porém jamais isolado, compreender que “a vida, a vida jurídica de um momento histórico determinado, revela-se antes de tudo como um emaranhado intrincado de relações e correlações”²⁰ que permeiam e decorrem, portanto, do seu *mister*²¹ de historiador do direito.

A pretensão do presente trabalho, portanto, é analisar a reflexão histórica do Estado no pensamento de Santi Romano e compreender, deste modo, se a teorização do institucionalismo jurídico abarca em sua ontologia a superação do Estado moderno cuja crise fora ‘constatada’ pelo jurista.

Indissociável dos juristas de seu tempo, imprescindível também a análise, particularmente, daqueles com os quais estabelece Romano diálogo direto. É efetivamente a comparação que permite apreender as peculiaridades, os distanciamentos e, basilarmente, os elementos comuns conformadores, ainda que diante de descontinuidades.

A conformação do pensamento constitucional, a partir das premissas ora expostas, não é de toda exclusividade da realidade europeia, cuja centralidade influencia sobremodo, nesta perspectiva, a conformação do pensamento constitucional ocidental, de uma forma geral. Aliado ao processo de conformação²² histórico-cultural, pode-se afirmar apropriados, pois, os institutos diretamente do contexto europeu pela realidade brasileira²³. É, portanto, o modelo europeu que serve não

¹⁹ *Ibid.*, p. 8.

²⁰ *Ibid.*, p. 10.

²¹ *Id.*, 2012, p. 79. “[...] *solo una lucida consapevolezza della nostra condizione storica e una sentita etica della responsabilità potranno irrobustire la nostra azione intellettuale in un momento sicuramente difficile e potranno renderla provvidamente incisiva*”.

²² Vide VALLADÃO, Haroldo. O Estudo e o Ensino do Direito Comparado no Brasil: séculos XIX e XX. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 8, n.30, p. 3-14, abr./jun. 1971. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180807>>. Acesso em: 16 maio 2016.

²³ *Ibid.*, p. 4. Esclarecedor: “O estudo e o ensino do Direito Comparado, no Brasil, acha-se ligado, profundamente, ao desenvolvimento de nossas instituições jurídicas. Vem do período colonial, dos tempos do antigo Direito do Reino de Portugal e dos primórdios da nossa Independência. Na segunda metade do século

apenas de fundamento geral²⁴, mas como paradigma ideal²⁵ a ser seguido, no caso, também pelo pensamento constitucional brasileiro.

Portanto, a imperiosa necessidade de analisar primordialmente a conformação do pensamento constitucional europeu, na medida em que fornece os elementos não apenas para compreensão do constitucionalismo moderno, mas fundamentalmente do constitucionalismo nos trópicos. Nesse traçar, considerada a conformação do pensamento constitucional pátrio fundado essencialmente na realidade europeia, uma vez compreendida a teorização do Estado moderno e destacado, neste particular, o pensamento do jurista palermitano, buscar-se-á analisar também se reflexos teóricos influenciaram ou foram mesmo apropriados pela juspublicística pátria.

XVIII, célebre texto português, a *Lei da Boa Razão*, de 18 de agosto de 1769, veio coibir excessos e mesmo abusos, nos tribunais, de aplicação do Direito Romano, especialmente da Glosa, determinando que tal Direito viesse sempre após as Leis do Reino, que ficasse restrito a uma função suplementar e somente aplicável se acorde ‘com a boa razão, que se funda noutras regras, que de unânime consentimento estabelece o *Direito das Gentes para os governos de tôdas as nações civilizadas*’. Bem importante, ainda, em especial para o Direito Comparado, foi a prescrição de ser ‘muito mais racional e coerente que nestas interessantes matérias se recorra ao subsídio próximo das sobreditas Leis das Nações Cristãs, iluminadas e polidas, que com elas estão resplandecendo na boa, depurada e sã Jurisprudência’.

²⁴ *Ibid.*, p. 14. Pontua, nesta perspectiva que: “Os juristas brasileiros formaram-se, desde 1827, e sempre se desenvolveram, com horizontes largos, buscando divisar todos os lados, de trás, à direita, à esquerda, para a frente, ou na geografia, que é o fulcro do direito comparado, olhando o sul, o oeste, o leste, o norte. [...] Eis aí o alto destaque dado ao direito comparado, uma das quatro coordenadas fundamentais do direito. É, verdadeiramente, de sumo valor, pois nos traz a grande e decisiva lição, a da experiência paralela e próxima, e, sobretudo, atual e viva, desde que realizada por nossos semelhantes, pelos estrangeiros, que são nossos pósteros no espaço. Mas fazer Direito Comparado é estar no apogeu do pensamento contemporâneo. O Direito Comparado é a grande forma da comunicação social, fazendo com que todos os povos, nações, Estados, regiões, religiões, raças, se conheçam mútua e profundamente e se compreendam. [...] Enfim: Direito Comparado é comunicação, diálogo, integração”.

²⁵ *Ibid.*, p. 7. Senão, veja-se a apropriação inerente: “Ainda, no Império, se autentica firmemente a segunda fase do comparativismo jurídico. Em verdade, o Decreto nº 7.247, de 19 de abril de 1879, que reformou todo o ensino, prescrevera, de modo expresse, no seu art. 23, parágrafo 3º: ‘O ensino do Direito Constitucional, Criminal, Civil, Comercial e Administrativo será sempre acompanhado da *comparação da legislação pátria com a dos povos cultos*’ (grifo nosso).”

Apresentadas as premissas das quais partirá a análise do presente trabalho, seguirá a estrutura da dissertação três troncos essenciais.

No primeiro, ocupa-se do esmiuçar da exposição do pensamento do jurista palermitano. Muito embora a disposição tenha seguido, em parte, uma cronologia consoante a exposição dos argumentos de Santi Romano, o traçado pautou-se basilarmente sobre a ideia de trama²⁶. É dizer, tratou-se de expor a compreensão do jurista palermitano acerca da crise do Estado moderno, oportunidade na qual foram analisados também textos outros que direcionam, em aproximação, abordagens críticas do autor, a exemplo da crítica às cartas constitucionais. Ponto outro analisado foi a construção teórica do institucionalismo romaniano como resposta à crise anterior constatada. Possibilita-se, assim, a comparação²⁷ teórica de forma a buscar, particularmente, pontos de descontinuidades entre as abordagens. Abordou-se, por fim, embora em primeiro momento, também os textos iniciais de Romano nos quais são expostos aquelas que se podem definir como premissas do jurista. É, portanto, primordialmente da comparação expositiva destas premissas com a ulterior teorização do institucionalismo que se analisará a concatenação teórica do Estado; por sua vez, compreendido este - o Estado -, analisar-se-ão os traços de descontinuidade como resposta à então crise por Romano constatada.

²⁶ Cf. VEYNE, Paul M. **Como se escreve a história e Foucault revoluciona a história**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2014, p. 42. A propósito da ideia de trama, imperioso: “Os fatos não existem isoladamente, no sentido de que o tecido da história é o que chamaremos de uma trama, de uma mistura muito humana e muito pouco ‘científica’ de causas materiais, de fins e de acasos; de uma fatia da vida que o historiador isolou segundo sua conveniência, em que os fatos têm seus laços objetivos e sua importância relativa [...] Essa trama não se organiza, necessariamente, em uma sequência cronológica: como uma trama interior, ela pode passar de um plano para outro; [...] A trama pode se apresentar como um corte transversal dos diferentes ritmos temporais, como uma análise espectral: ela será sempre trama porque será humana, porque não será um fragmento de determinismo”.

²⁷ Cf. BLOCH, Marc. **Apologia da história, ou, O ofício de historiador**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 109. Afirma que “Só se estabelece, de fato, uma data, só se controla e, em suma, só se interpreta um documento por sua inserção em uma série cronológica ou um conjunto sincrônico. Foi aproximando os diplomas merovíngios seja entre si, seja de outros textos, de época ou de natureza diferente, que Mabillon fundou a diplomática; foi da confrontação dos relatos evangélicos que nasceu a exegese. Na base de quase toda a crítica inscreve-se um trabalho de comparação”.

Indissociável da exposição, busca-se no segundo capítulo analisar as influências teóricas diretas de Santi Romano. Foram objeto, portanto, a juspublicística alemã e a escola sociológica francesa com suas peculiaridades de conformação. Àquela no que pertine ao Estado de Direito; houve particular direcionamento para o pensamento de Jellinek na medida em que, com Santi Romano, há intenso embate teórico. À esta, em segundo momento, no que pertine essencialmente ao institucionalismo. Os representantes da escola de Bordeaux foram analisados de forma concatenada. Delimitou-se, assim, no que pertine à Maurice Hauriou, a análise do institucionalismo jurídico por ele proposto e, no que pertine à León Duguit, expôs-se, de forma geral, a peculiar compreensão crítica do jurista acerca do Estado e sua sorte de elementos ‘predominantes’. A crítica direcionada à soberania fora também esmiuçada de forma a possibilitar a correlação com o pensamento de Romano.

Por fim, compreendida e analisada não apenas a conformação do pensamento de Romano acerca do institucionalismo, mas também, particularmente, do Estado, de forma correlacionada com aquelas que foram as suas influências teóricas, buscou-se verificar no pensamento constitucional brasileiro reflexos, aproximações ou mesmo influências das teorizações do jurista palermitano. Há, na análise do contexto brasileiro, idiosincrasia que de todo afeta a abordagem do presente trabalho. Muito embora a prevalência conformadora do pensamento constitucional pátrio, são praticamente inexistentes as obras de direito público tidas como ‘clássicas’. Não há, efetivamente, ainda hoje, tradução para o português das principais obras conformadoras do direito público no que pertine principalmente ao trato do Estado. Inclua-se aí Seydel, Gierke, Gerber, Laband, Jellinek e mesmo Hegel – naquilo que pertine ao Estado alemão. Em relação a este último, traduções há que se referem essencialmente à Filosofia do Direito. Trato distinto não se verifica em relação à escola francesa. Há, pontualmente, uma tradução para o português – versão primeira datada já de 1939²⁸ – daquele que se mostra como prolegômeno do pensamento de Duguit e, mais recente, datada de 2009, tradução para o português da Teoria da Instituição²⁹, de Hauriou,

²⁸ Vide DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Eduardo Salgado. Lisboa: Inquérito, 1939. Em que pese a tradução realizada em Portugal, ora apõe-se a referida obra porque constante, em exemplar único, do acervo da Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife.

²⁹ Vide HAURIU, Maurice. **Teoria da instituição e da fundação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

em sua versão reduzida; não refletem, dessarte, a totalidade peculiar que seguem ambos os juristas.

Motivo esse pelo qual prezou-se sobremaneira pela manutenção dos escritos originais. Há, a bem da verdade, a utilização prevalente da doutrina estrangeira de forma a caracterizar-se tão somente a robustez; é dizer, sem corresponder com aquilo que efetivamente pretende-se. Ciente, portanto, desta dificuldade e, ainda, de que o trabalho presente não deixa de inclinar-se parcialmente – como não poderia não sê-lo –, possibilita a utilização dos originais interpretações outras que não as pretendidas aqui e mesmo o confronto daquilo que ora se pretende expor.

Assim, acerca da escola italiana, aquilo que se pretende analisar como influência no pensamento constitucional pátrio, a dificuldade mostra-se sobremodo pujante. Seja pela prevalência da doutrina alemã e francesa, seja pela efetiva inexistência de levantamento particular referido à Santi Romano. Por um lado, se há ausência de levantamento, o que dificulta – dada a robustez da pretensão – inclinar-se por sobre o sublunar, há, por outro lado, a possibilidade de encontrar, sob a perspectiva do jurista palermitano, uma direção a ser seguida. É, efetivamente, a partir da direção que se possibilitará, posteriormente, o debruçar-se específico.

Neste peculiar, não se esmiuçou aquele que se denomina ‘novo pensamento constitucional’ na medida em que este se utiliza particularmente da rejeição da centralidade europeia e, portanto, pauta-se fundamentalmente no pensamento latino-americano periférico. As premissas utilizadas pelo denominado movimento ‘decolonial’ utiliza, assim, premissas que extrapolam os limites teóricos aqui pretendidos. Embora, registre-se, há dentre eles o jurista Antonio Carlos Wolkmer, cujo mérito do trato do pluralismo – sob a perspectiva exposta - jurídico é inafastável.

Registre-se, por fim, que as citações em língua estrangeira foram, em sua grande maioria, traduzidas da língua original para o português, mantendo-se a integralidade do original em nota de rodapé especialmente para que se possa assimilar eventual desvio. Os ‘grifos’ originais foram mantidos. Todas as traduções foram realizadas pelo autor, restando, conseqüentemente, de sua total responsabilidade todo e qualquer equívoco. Evitou-se, por conseguinte, apor ‘tradução nossa’ bem como ‘grifo no original’ em todas as transcrições. Excetua-se, quanto a este último, então, a inserção única do termo ‘grifo nosso’ quando assim exigível.

1 DELINEAMENTOS DO ESTADO EM SANTI ROMANO

"Sur le vaisseau de l'État, tout le monde voudra s'occuper de la manœuvre, car elle est bien payée. N'y aura-t-il donc jamais une pauvre petite place pour le simple passager ?"

Stendhal

Inobstante não se tratar do objeto principal do trabalho, já em seu primeiro livro Santi Romano³⁰ esboça, o que se pode dizer, as premissas

³⁰ Santi Romano (1875-1947). Nascido em Palermo, local no qual pode acessar, para além do centro de estudos em direito público, o *Archivio di diritto pubblico*. Ainda estudante, iniciou seus trabalhos com aquele que viria a ser seu orientador, Vittorio Emanuele Orlando. Embora tenha concluído a graduação em 1896, publicara seu primeiro trabalho já em 1894. A sua tese *sui diritti pubblici subiettivi* fora publicado já no ano subsequente ao de sua conclusão de curso (1897). Ainda conforme Sandulli (2013), os anos subsequentes ao de sua graduação e o início no noventa foram anos de efetiva produção acadêmica por Romano. Mesmo período no qual casou-se e, já em 1902 transfere-se para Modena na condição de *straordinario* de Direito Internacional. Em 1905 passa a lecionar a cátedra de direito constitucional, tornando-se *ordinário* já em 1906. Escreve, dentre outros, os ensaios *Le prime carte costituzionale* (1907) e *Diritto e correttezza costituzionale* (1909). Mesmo período no qual transfere-se para Pisa, ainda na cátedra de Constitucional e publica *Lo Stato moderno e la sua crisi*. Aos 1914 escreve o *Italianisches Staatsrecht* – interrompido pela guerra e que vem a ser publicado apenas em 1988. Publica ainda em 1918 *Oltre lo Stato*. Inicia, porém atividade no *Consiglio superiore della pubblica istruzione*. (1917-1921), sendo, logo após, convidado a fazer parte da *Comissione dei quindici* (1924), formada pelo *Partito Nazionale Fascista* (PNF). Mesmo período em que é transferido para Milão, ainda na cátedra de Constitucional e vem, posteriormente, a integrar o *consiglio di amministrazione dell'Ateneo* (1925-1928). Em 1925 é confirmado na *Comissione dei diciotto*, comissão elaborada para a reforma constitucional. Entre os períodos de 1918 e 1926 eclode sua produção ‘manualística’, publicando, dentre outros, *Corso di diritto costituzionale* e *Corso di diritto Internazionale*, ambos em 1926. Filia-se ao PNF em 1928, ano em que Mussolini o nomeia presidente do *Consiglio di Stato*, “único caso na história do organismo de nomeação de um presidente totalmente externo ao conselho. Vide ROMANO, Alberto. Nota bio-bibliográfica sobre Santi Romano. In ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2008, p. 33-55. No tocante à inserção de Romano no

ou os elementos integrantes do que considera o Estado. Assim, não apenas por cronologicamente tratar-se de sua primeira obra robusta, em *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*³¹ é explicitada a concepção do autor acerca do direito público e, concomitantemente, dos direitos dos indivíduos.

Elementos estes que, para muito além de permitirem uma primeira compreensão do Estado no pensamento de Romano, guardam estreita correlação com juristas outros que se ocupam primordialmente da teoria do Estado.

Estes últimos, alguns dos quais analisados no presente trabalho, ocupam-se prioritariamente da definição/delimitação do próprio conceito de direito público para, então, bosquejarem (como se por corolário) o elemento Estado.

Importa, primordialmente, consoante o reiterado esforço do autor, esclarecer que a teorização do Estado que se permite realizar é jurídica, motivo pelo qual os elementos metafísicos³² ou não juridicamente palpáveis são, a todo o tempo, desprezados.

Consiglio di Stato, particularmente *Ibid.*, p. 51 *et seq.*, nestes termos: “Até então ele [Romano] tinha sido somente professor universitário. Portanto, antes nunca tinha tido contato com tal órgão. Para o cargo, devido à regra não escrita de que deveria a ele ser designado o mais velho dos Presidentes de Seção, deveria ser nomeada uma pessoa que tivesse tido funções governamentais antes do advento do Fascismo. O governo da época, considerando este fator preclusivo da sua nomeação, preferiu superar aquela mesma regra sem violá-la com a investidura de um Presidente menos antigo. Recorreu, então, com uma decisão improvisada, a uma solução na época (e até o art. 22 da lei 186/1928) perfeitamente permitida pela lei, ou seja, chamar uma pessoa de fora, escolhendo aquele que então já era considerado o maior especialista em direito público italiano. Esse foi o motivo pelo qual a nomeação foi totalmente inesperada.” Atuou enquanto presidente do Conselho de Estado até outubro de 1944. Por outro lado, Cf. Sandulli, 2013, p. 1730: “*Nel 1938 elaborò il celebre e controverso parere sul Maresciallato dell’Impero, con il quale su pronunciava a favore della legittimità del conferimento simultaneo, con legge, al re e al duce (in qualità di capo del governo) di tale nuovo grado militare, sul presupposto che esso non derogasse alla disposizione statutaria per cui il re è il capo supremo dell’esercito*”. Santi Romano publica em 1945 a segunda edição do *L’ordinamento giuridico*; publica alguns outros manuais e também a coletânea *Frammenti di un dizionario giuridico* nesse mesmo período. Vem a falecer aos 3 de novembro de 1947.

³¹ Vide ROMANO, 1897.

³² Efetivamente, o rechaçar de tudo quanto metafísico se lhe apresenta é elemento constante em seus escritos. O mesmo apego quando da análise é, entretanto, presente também em seu preceptor. cf. ORLANDO, V. E. **Principii di diritto costituzionale**. 3 ed. Firenze: G Barbèra, 1894, p. 22-23. No original: “*Tutte le*

Não obstante seja essa também uma caracterizante comum que avocam os teóricos do Estado do seu tempo, conforme analisar-se-á, há, efetivamente, um zelo específico com a constatação do real de forma a encontrar, então, os elementos caracterizadores, muito embora haja, pontualmente, algum desvio desta pretensão. Romano destaca-se, neste particular, quando da sua concatenação, de um desprezo deliberado³³ que não implica indiferença pelo autor. Ao contrário, Romano reconhece a importância das construções históricas e do reflexo respectivo nas teorizações jurídicas, mas, enquanto jurista, limita-se à teorização ‘jurídica’ dos elementos, dentre os quais o Estado.

Mérito outro do jurista palermitano é destacado como elemento de importância primeira na teorização do direito público italiano³⁴. Consoante asseverado, não obstante Romano não se debruce, no sentido

teorie metafisiche si sforzano a far rientrare i fenomeni giuridici nella cerchia delle loro leggi universali. Noi rinunziamo a risalire a tale sintesi altissima. Per noi, il Diritto si concreta negli istituti giuridici, che ne sono la manifestazione immediata”.

³³ Ilustrativa e esclarecedora, nesta perspectiva: “La verità è che, pur volendo ammettere che il concetto di organismo applicato allo Stato possa servire a spiegare la natura intima, l’An-sich, come direbbero i tedeschi, di questo; pur volendo magari aderire alla risibile bizzarria del Jäger, che tratta dello Stato nel suo manuale di zoologia, accanto agli altri animali, tuttavia ci par certo che il giurista deve di tutto ciò prescindere.” Cf. ROMANO, op. cit., p. 37. Vide, no mesmo sentido, ROMANO, Santi. **Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato**. Palermo: Fratelli Marsala, 1898a, p.7: “Il principio «entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem» deve senza dubbio tenersi presente in ogni costruzione scientifica, ma giova più che mai osservarlo quando si è nel campo del diritto costituzionale, dove è così facile dare corpo a ciò che, dal punto di vista della scienza politica, potrà anche avere un’effettiva esistenza, ma che giuridicamente deve considerarsi meno che ombra”. Importa registrar, por fim, a mesma deliberação cognitiva em seu preceptor: “Tutte le teorie metafisiche si sforzano a far rientrare i fenomeni giuridici nella cerchia delle loro leggi universali. Noi rinunziamo a risalire a tale sintesi altissima. Per noi, il Diritto si concreta negli istituti giuridici, che ne sono la manifestazione immediata.” Cf., ORLANDO, loc. cit.

³⁴ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. **Stato e costituzione**: materiali per una storia delle dottrine costituzionali. Torino: Giappichelli, 1993, p.226. Nesse sentido: “Se assumiamo come punto di riferimento il Diritto Pubblico Italiano di Santi Romano, che può essere considerato come vera e propria summa della dottrina giuridica italiana dello Stato liberale di diritto, ci accorgiamo subito che il limite ad ogni possibile opera di riforma dello Stato liberale era dato, anche in Italia, da questa rigida opposizione tra ‘diritto’ e politica”.

comum, por sobre a teorização destrinchada dos elementos do Estado, ele apresenta-os todos de forma espontânea, é dizer, como corolários naturais da concatenação por ele exposta. Restaria implícito aqui, o ânimo motivador de sua teoria do direito fisiológica refletida, também, sobre o cimento no qual se fundam seus escritos.

É, também, não apenas desta espontaneidade com que surgem os delineamentos do Estado na obra de Romano, mas sobretudo a espontaneidade que faz florescer senão a própria realidade social ordenada, cuja proximidade com os elementos radicados ali, em suas peculiaridades, observados, refletem singularmente o todo vivo que permeia a ideia de Romano.

Elemento esse também presente quando da abordagem do Estado moderno e sua crise, na qual são aportados pelo jurista elementos os mais diversos que não apenas guardam constância com a exposição anterior, mas que adiantam em muito o seu pensamento. É, bem verdadeiro, desta constatação do ruir completo do Estado que Romano sintetiza os elementos que serão ulteriormente utilizados para a teorização bem acabado do institucionalismo.

Muito embora Romano concentre as atenções para a constatação negativa do Estado, é, também, utilizando-se destas mesmas ‘lacunas’ correlacionais que erige aquela que virá a ser a sua teoria distintiva de maior influência no pensamento jurídico italiano. Trata, assim, de manter não apenas a sua visão totalizante – enquanto ordem completa –, mas teoriza em paralelo, como interdependente, o florescer do pluralismo³⁵.

³⁵ Cf. CASSESE, Sabino. **Lo Stato fascista**. Bologna: Mulino, 2010; GHISALBERTI, 2004. Não obstante o trato mais específico adiante realizado acerca da análise concatenada da ‘totalidade’ ora apontada, registre-se, por elucidativo, que a totalidade romaniana não implica *prima facie* a absorção da realidade pelo Estado como se Pantagruel fosse; ou mesmo, para utilizar-se de expressão romaniana que adjetiva a compreensão do Estado moderno, um verdadeiro Briareo. A totalidade implica a compreensão do ente Estado como um todo jurídico do qual, portanto, não se lhe podem dissociar diversos elementos (equivoco no qual incorrem, segundo o autor, inúmeros juristas, sobretudo os jacobinos). Este esclarecimento se demonstra de primeira importância na medida em que, considerada a filiação do jurista palermitano ao *Partito Nazionale Fascista* (1928) e, antes, de sua composição como membro da *Comissione dei quindici*, também formada pelo PNF, tende-se à atribuir-lhe a condição (no caso, depreciativa) também de ‘fascista’. Sem a pretensão de analisar com propriedade a referida atribuição, mas sem, porém, deixá-la a esmo, imperiosas algumas notas primeiras – cujo clarear ocorrerá consoante o desenvolver-se do presente trabalho, adiante. Impende registrar, então, que a

exposição “totalizante” do Estado é utilizada por Romano ainda em 1897-1898 e, segue-se, a primeira versão do *L'ordinamento giuridico* escrita em 1917. Em período, portanto, anterior a instalação do regime. Consoante asseverado, muito da influência de Romano decorre, no que pertine à visão unitária de um direito público, daquele a quem a paternidade teórica da conformação do direito público italiano é atribuída, Orlando. Além disto, para além da dificuldade inerente à delimitação teórica de todo e qualquer regime, por mais simplista que se apresente, certo é que a complexidade existente no fascismo é de todo agravante de sua especificidade. Muito embora, assim, sejam-lhe apresentados alguns elementos essenciais, não são, e não poderiam ser referidos elementos apropriados de forma exclusiva pelos teóricos que se debruçam por sobre o regime fascista. Nesse sentido, não obstante apresente Cassese alguns dos elementos que caracterizaram (também) o fascismo: “*Il terzo aspetto importante della «costituzione materiale» fascista, accanto a quelli della concentrazione e della pluralizzazione del potere, è quello della sua personalizzazione. Il fascismo è un regime statale, quindi organizzato, molto complesso, ma che si risolve in una forte personalizzazione istituzionalizzata del potere*”, Cf. CASSESE, *op. cit.*, p. 20 reserva o autor a particularidade (em parte) “continuativa” que caracteriza em parte muitos dos regimes outros, afinal: “*Come c'è continuità tra lo Stato liberale-autoritario del prefascismo, c'è continuità tra lo Stato del período fascista e lo Stato democrático postfascista. Due terzi delle norme raccolte nel 1954 in un codice delle leggi amministrative sono state adottate nel período fascista. L'elenco delle leggi degli anni tra le due guerre che rimangono in vigore nel secondo dopoguerra (spesso ancora oggi) norme del 1923-1924 sugli impiegati civili dello Stato, sulla finanza pubblica e sul Consiglio di Stato; disciplina del 1926 sugli atti del governo; concordato del 1929; codice penale; testi unici e leggi organica del 1931-1934 sull'istruzione superiore, sulla pubblica sicurezza, sulla bonifica integrale, sulle acque e sugli impianti elettrici, sulla tutela delle strade e la circolazione, sulla maternità e l'infanzia, sulla Corte dei conti, sulla sanità, sui comuni e sulle province e sulla finanza locale; legge bancaria del 1936; norme del 1939 sulle cose d'arte e sul paesaggio; codice di procedura civile del 1940; legge urbanistica e codice civile del 1942. [...] Ma le modificazioni, anche strutturali, non sono radicali.*” Cf. *Ibid.*, p. 23-24. Eis, aqui, um perigo do reducionismo teórico, pois, consoante conclui: “*L'idea del fascismo come parentesi, di una cesura netta tra período fascista e Italia repubblicana, dunque, è errata. O, meglio, corrisponde più a un bisogno dei contemporanei di stabilire una distanza tra il fascismo e se stessi, che alla realtà dei fatti.*” Cf. *Id. loc. cit.* Portanto, o isolamento teórico de aportes característicos cuja adjetivação se pretenda eventualmente é, de todo, precária. Esclarecido este pequeníssimo esboço, urge pondera, por fim, que para além dos elementos apresentados por Cassese que são verificados em Romano (mas em boa parte também naqueles com os quais ‘dialoga o jurista palermitano – neste presente trabalho analisados) há, certamente a apropriação de elementos teóricos, sobretudo, pelo regime fascista. Não se analisará aqui, por saltar para muito além do objeto do presente

Exatamente o elemento que oxigena não apenas a sedimentação do fundamento do direito, mas a própria essência externa daquilo que dali brota.

Essa seria a diretriz do pensamento do jurista palermitano que conforma sobremaneira toda a escola *fiorentina*; cujos méritos, resguardados, tratou de afinar o edifício erigido por sobre o cimento lançado por Romano.

1.1 OS DELINEAMENTOS INICIAIS: PERSONALISMO JURÍDICO COMO TOTALIDADE ESTATAL

Premissa inicial para a compreensão jurídica do Estado é tê-lo enquanto elemento revestido de personalidade jurídica, de sujeito de direito. Única possibilidade que permite a análise das relações do Estado, dos seus órgãos e dos elementos que o compõem³⁶ sem utilizar-se, para tanto, de elementos metafísicos ou não jurídicos.

A premissa explica-se na medida em que, enquanto análise jurídica, tem-se o direito essencialmente como uma relação entre duas ou mais pessoas/sujeitos de direito ou, de forma negativa, enquanto na impossibilidade de relação³⁷ jurídica entre um sujeito e um objeto.

trabalho e por impropriedade cognitiva do ora autor, a atuação específica de Romano enquanto membro político do regime. Entretanto: “*La dittatura autoritaria trovava così in una vasta pubblicistica argomenti e sofismi a sua giustificazione e glorificazione. [...] E peraltro la stessa adesione al regime di pubblicisti di alto livello, come Santi Romano che pure aveva teorizzato in passato, contro gli eccessi della statolatria centralizzatrice dominante la dottrina italiana, la concezione della pluralità degli ordinamenti giuridici, ricca di aperture sociologiche e derivante dal garantismo anglosassone, finì col rafforzare il potere dominante offrendo ad esso appoggio e sostegno.*” Cf., GHISALBERTI, 2004, p. 377.

³⁶ Cf. ROMANO, 1897, p. 35. Para uma inicial leitura da compreensão acerca do Estado: “*Quando noi vogliamo giuridicamente concepire lo Stato, altro mezzo non ci si offre che quello di rivestirlo di personalità, di farne cioè un subbietto di diritti. È questo l'unico modo con cui si può, dal punto di vista del diritto, giustificare e studiare quella continua azione che lo Stato esercita di fatto sui cittadini a lui sottoposti e nella sfera del suo territorio*”.

³⁷ *Ibid.*, p. 9. Do original: “*Il diritto è essenzialmente un rapporto, rapporto fra due persone, fra due subbietti: fra un subbietto ed un obbietto non passa alcun*

Por singela que se possa apresentar a premissa inicial, importa registrar a ruptura com a tradição então vigente – juspublicística germânica – que, dentre outros, fundamenta a existência dos direitos do cidadão – ou mesmo a condição deste enquanto tal – como efeito reflexo (*Reflexrecht*)³⁸ – da existência do Estado; da superioridade do poder que

rapporto giuridico. [...] Anche i diritti reali si risolvono per conseguenza in rapporti fra subbietti”.

³⁸ Impende esclarecer uma aparente contradição na qual incorreria o jurista italiano ao teorizar os direitos subjetivos; pontualmente, utilizando-se daquelas que entende como falhas – quicá absurdos –, da doutrina germânica. De forma mais direcionada àquela exposta por Gerber, pois, consoante assevera: “*Fin da quando il Gerber, nel 1852, col suo classico libro Ueber öffentliche Rechte, tentava nel campo del diritto pubblico un’indagine che sino allora non si era fatta che pel diritto privato, si è accesa fra i pubblicisti tedeschi [...] Punto di partenza per ben comprendere il rapporto esistente fra il cittadino e lo Stato, è il diritto sovrano, indipendente ed onnipotente di questo: i diritti dei cittadini non sono che effetti riflessi di tale diritto allo Stato pertinente e in tanto esistono in quanto esiste lo Stato e la sua sovranità. [...] L’espressione Reflexrecht in sostanza, quale è usata dal Gerber, equivale all’altra Gegenrechte da lui medesimo, come abbiamo visto un momento fa, adoperata e risponde alla teorica cui non accennavamo: i diritti dei cittadini essere veri e propri diritti subbiettivi, ma non naturali ed originari, sì bene riflessi, derivanti cioè dal diritto di sovranità dello Stato.*” Cf. *Ibid.*, p. 5 et seq. Ocorre que, apesar de efetivamente expor como elementos derivados da relação do Estado - *Staatsgewalt* - os direitos civis/políticos não restariam como mero reflexo reificado dessa relação. Vide GERBER, Carl Friedrich von. **Grundzüge des deutschen Staatsrechts**. Leipzig: Tauchnitz, 1880, p. 229-230. No original: “*Was es bedeute, Gegenstand der Staatsherrschaft zu sein, ist nicht daraus zu entnehmen, was es bedeute, Gegenstand einer sachenrechtlichen Befugnis zu sein, sondern lediglich und allein aus dem Inhalte und Zwecke des staatlichen Herrschaftsrechts. Das Eigentümliche des Letzteren besteht nun darin, dass es keineswegs mit der Unterwerfung der seinem Kreise angehörenden Personen abschließt, sondern mit der Subjektion und durch sie zugleich eine Reihe der wichtigsten Befugnisse verleiht, die staatsbürgerlichen, insbesondere die politischen Rechte, welche gewisser Maassen den Charakter einer Gegengabe haben. [...] Aus dieser Betrachtung ergibt sich, dass die rechtliche Formulierung des staatlichen Unterworfenenseins für das System als das prinzipiale, gestaltgebende Element erscheinen muss, dass dagegen die Darstellung der staatsbürgerlichen Rechte, welche ich bildlich, um ihr genetisches Verhältniss zu kennzeichnen, Reflexrechte genannt habe, sich als das Abgeleitete hieran anzuschliessen hat. Es beruht auf einem Mangel an Verständniss systematischer Fragen, wenn man eine Geringschätzung der staatsbürgerlichen Rechte darin hat erblicken können, dass sie „nur“ als Reflexrechte in Rücksicht genommen seien*”. Gerber esclarece

dele emana (*Staatsgewalt*) – e, portanto, como condição de existência correlata.

Premissa outra para o regular entendimento da relação entre Estado e cidadão/súdito é a compreensão do Estado como totalidade³⁹ de um

também, a fim de afastar o “mal entendido” da compreensão, que para além de ter-se a relação jurídica possível, entre cidadão e Estado, deve-se sobretudo considerar que a “relação entre sujeito e objeto recebe o seu conteúdo sempre a partir da natureza geral da relação jurídica, servindo, sobretudo, à determinação a que ela serve”, senão: “*Aber die Relation von Subjekt und Objekt ist ja nicht bloss eine sachenrechtliche, sondern eine allgemein rechtswissenschaftliche, und empfängt ihren Inhalt immer aus der allgemeinen Natur des Rechtsverhältnisses, dessen Bestimmung sie dient.*” Cf. *Ibid.*, p. 228-229; e a conclusão a que chega o jurista alemão é, neste caso, muito próxima à premissa utilizada por Santi Romano, ainda que por vias diversas teorizada, pois: “*Das Volk in diesem Sinne wird im Staate und durch den Staat zur rechtlichen Einheit gebracht. Der Staat als Persönlichkeit hat eine eigentümliche Willensmacht, die Staatsgewalt. Sie ist das Recht zu herrschen, d.h. das Recht, zur Ausführung der im Staatszwecke liegenden Aufgaben einen das ganze Volk verbindenden Willen zu äussern. Dieser Willensinhalt unterscheidet die juristische Persönlichkeit des Staats spezifisch von den juristischen Personen des Privatrechts. Durch die Unterwerfung unter das staatliche Herrschaftsrecht treten Menschen und Dinge in ein eigentümliches Rechtsverhältnis zum Staate.*” Cf. *Ibid.*, p. 226.

³⁹ Longe de pretender reduzi-la, mas considerada a clareza significativa – não afastado, porém, a ulterior análise, no presente trabalho, dos elementos que a compõem, pertinente uma abordada compreensão inicial da ‘totalidade’ no pensamento de Romano; Vide ROMANO, 1897, p. 10-11. Nesse sentido: “*Anche noi sosteniamo che di fronte allo Stato intero, concepito nella sua totalità, nel complesso dei suoi poteri sovrani, non può darsi alcun diritto individuale. Senonchè non può mettersi in dubbio che lo Stato, nella sua vita concreta, non può mai manifestarsi rivestito di tutte le sue funzioni, ma può solo presentare, per dir così, volta per volta un solo lato di sé medesimo o, meglio, un organo fornito di speciale competenza.*”; e de forma complementar, *Ibid.*, p.38: “*Questi, da un lato, debbono sempre considerarsi come parte del grande edificio dello Stato, in quanto che esercitano funzioni statuali e sono dotati d’imperium statale [...]*”. Conforme alegado anteriormente, acerca da proximidade teórica com a escola alemã Cf. FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione**. Bologna: Il Mulino, 1999, p. 134: “*In ultima analisi, la costituzione statale combatte l’antico privatismo dei ceti, ma anche il moderno privatismo degli individui, poiché l’uno e l’altro, da sponde opposte, distruggono il principio di unità politica, riducono lo Stato al mero risultato di un contratto tra parti distinte, da queste sempre revocabile. Così, la costituzione statale valorizza al massimo grado i poteri portatori del valore politico della universalità, o più semplicemente dell’interesse generale dello Stato: il monarca, prima di tutto, come punto, e concreto luogo*

complexo de poderes. Santi Romano, ao esmiuçar a totalidade alemã⁴⁰ – unidade moral de decisão política que absorve e ‘produz’ o direito enquanto unidade jurídica considerada também em sua totalidade –, apresenta-a, assim, não apenas de forma crítica⁴¹, mas busca dela divergir⁴² teoricamente, em seu complexo jurídico menor inserido numa

istituzionale, in cui è possibile pensare allo Stato come unità al di là dei singoli poteri, legislativo e governativo; ma anche i corpi e le assemblee rappresentative, cui è affidato il decisivo compito d'introdurre «il senso e il sentimento dello Stato e del governo» nella cura degli «interessi particolari delle comunità, delle corporazioni e degli individui», che altrimenti rimarrebbero isolati, e tenderebbero fatalmente a contrapporsi allo Stato; e la burocrazia infine, l'insieme dei funzionari esecutivi, che hanno il compito di «mantenere fermo l'interesse generale dello Stato»”.

⁴⁰ Em que pese a identidade das expressões (a totalidade também utilizada insistentemente por Romano), são compreensões distintas. Acerca da totalidade ora mencionada, vide GERBER, 1880, p. 225-226; Nesse sentido: “*Das Volk ist die natürliche Grundlage der Staatspersönlichkeit. Das will sagen, dass der Staat um dieses Volkes willen vorhanden ist, dass er das Volk selbst in seiner politischen Gestaltung darstellt. Das Volk ist aber nicht die Summe der einzelnen jetzt lebenden Menschen, sondern das in geschichtlicher Gemeinschaft geistig verbundene Ganze, welches in der gerade jetzt lebenden Generation nur seine gegenwärtige Erscheinung findet. Das Volk in diesem Sinne wird im Staate und durch den Staat zur rechtlichen Einheit gebracht*”.

⁴¹ Esclarecedor, nesse sentido, o saggio escrito de forma específica em oposição ao pensamento de Jellinek (*Ueber Staatsfragmente*, 1896), intitulado ‘*Sui Cosidetti “Staatsfragmente,”*’, o qual fora publicado inicialmente em 1898 no *Archivio giuridico «Filippo Serafini»* vol. LX, fasc. 2 (*nuova serie* vol. I, fasc. 2), p. 320-327, e, ainda no mesmo ano, é publicado em ‘volume autônomo’; vide, nesse sentido ROMANO, Santi. **Sui cosidetti «Staatsfragmente»**. Bologna: Tipografia Alfonso Garagnani, 1898b. Registre-se, ainda, a compilação de textos ‘ensaios’ do jurista em ROMANO, Santi. **Scritti Minori**. v.1. Milano: Giuffrè, 1950, p. 40-46. No original: “*Queste le considerazioni generali che crediamo si possano rivolgere contro la nuova dottrina del JELLINEK. Molti e più concreti argomenti si potrebbero senza dubbio ricavare dall'esame minuto delle istituzioni che costituiscono il suo punto di partenza: si potrebbe allora dimostrare che si tratta sempre o di veri e propri Stati di assai limitata sovranità o di corpi autarchici, sia pure sui generis o di parti di qualche Stato sottoposto a speciale regime e che, ad ogni modo, il tipo dello « Staatsfragment » non ha ragione, come JELLINEK vorrebbe, di « trovare il suo posto, sotto il nome di Land, nella teorica dello Stato moderno*””, cf. ROMANO, 1898b, p. 10.

⁴² Importa registrar o esforço do jurista italiano em refutar, de forma geral, a escola alemã. Esforço esse que o leva, inclusive, a dedicar todo um trabalho para retorquir uma teoria específica de Jellinek acerca dos ‘fragmentos do Estado’, e

realidade total. É dizer, de um complexo de poderes outros, de órgãos, funções, ofícios públicos, etc., que guardam entre si correlações, não obstante tratem-se todos do próprio Estado, mas projeta-a na própria realidade na qual se encontra inserido⁴³.

que, não sem esmiuçá-la em pormenorizada crítica, apresenta os elementos de sua contradição. Cf. ROMANO, *op. cit.*, p. 8-10: “*Del resto la dottrina del JELLINEK risulta viziosa anche in base al seguente dilemma. Le colonie e i paesi da lui adottati per esempi o hanno o non hanno una personalità pubblica. Nella prima ipotesi, essi costituiscono dei veri e propri Stati se la loro personalità si risolve in una sovranità, sia pure limitata da una potestà superiore, o degli enti autarchici se ripetono l'esercizio dei loro poteri sovrani immediatamente dallo Stato cui appartengono. Se poi mancano d'ogni personalità, allora è chiaro, almeno secondo noi, che sarà impossibile parlare di organi loro propri e che formeranno delle ragioni, delle provincie, delle circoscrizioni e, in qualsiasi modo, semplici divisioni territoriali di uno Stato. [...] Lo stesso può dirsi delle Colonie: la loro nozione è nozione pertinente alla geografia politica. Dal punto di vista del diritto, esse non sono che parti dello Stato sottoposte a speciale regime. Il chiamarle « frazioni di Stato », nel senso che il JELLINEK attribuisce a tale parola è erroneo, perché tende a innalzare a istituto giuridico, avente caratteri propri, ciò che non è tale; in tutt'altro senso è inutile perché basta il nome di colonia e perché, ad ogni modo, un cambiamento di nome siffatto non importerebbe ad un giurista.*” Apesar do reiterado esforço teórico para, da escola alemã distanciar-se, Santi Romano, ao considerar a totalidade do Estado incorre, de forma pragmática, à mesma conclusão ‘teórica’, senão veja-se GERBER, 1880, p. 232-233. No original: “*Sowie nun aber nicht alle Organe eines Naturkörpers dieselben Zwecke und Funktionen haben, sondern ihrem Ganzen in sehr verschiedener Weise dienen, indem etwa das eine nach Aussen gestaltend, das andere vorbereitend, Stoff gebend oder sichernd wirkt, so ist diess auch der Fall mit den Organen des Staats. Während die Staatsgewalt im Handeln des Monarchen unmittelbar realisirt wird, soll das andere Organ, die Ständeversammlung, bewirken, dass die Funktion des monarchischen Organs jederzeit nach Maassgabe (sic) des bestehenden Rechtss und unter Berücksichtigung der Stimme des Volks erfolge, so dass erst aus dem gedeihlichen Zusammenwirken beider Organe die gesunde Lebensthätigkeit des Staats hervorgeht.*”.

⁴³ Senão ilustre-se a apropriação da crítica ao contexto italiano exposta por Romano: “*Applicando la sua teorica, il JELLINEK non avrebbe esitato a fare della nostra Colonia Eritrea uno « Staatsfragment » distinto dallo Stato italiano: vi avrebbe difatti rinvenuto, oltre che degli organi propri, come fra poco vedremo, anche un proprio territorio ed abitanti o sudditi propri, nonostante che la sovranità che vi si esercita sia l'italiana. Eppure nulla sarebbe più falso e più contrario al vero, giacchè, nonostante la diversità delle leggi cui sono sottoposti, il territorio e gli abitanti dell'Eritrea debbono considerarsi come italiani [...]*” La

A totalidade estatal inicialmente avocada, entretanto, enquanto distinta da doutrina alemã, apresenta o fundamento nevralgico da obra inicial de Santi Romano na medida em que permite, uma vez esmiuçada, a distinção entre direito subjetivo e direito público e, portanto, possibilita permear a teorização do Estado do jurista italiano.

Tal qual o Estado, a noção de poder é abstrata e, portanto, perante ambos não seriam oponíveis direitos individuais na realidade concreta. Em relação ao primeiro, enquanto totalidade que se apresenta por meio de seus funcionários e órgãos, estes seriam os representantes daquele e, consequentemente, os que se fariam presentes perante o cidadão/sujeito. Em relação ao segundo, não desprezada a condição essencial e importante da divisão dos poderes para a existência dos direitos públicos, conquanto conceito inexato, também não lhe seriam oponíveis direitos subjetivos.

A despeito de tê-la como teorização inexata⁴⁴ que conduz à errônea ideia acerca da possibilidade de se avocar o direito subjetivo em face de um poder específico – distante, portanto, da visão globalizante do Estado –, a divisão dos poderes apresenta-se como importante elemento para compreensão do próprio Estado. Precipuamente se considerada, para clareza, em oposição à teorização germânica da relação entre Estado e cidadão – este como objeto daquele – a possibilidade de ‘direito subjetivo’ diante não apenas da pretensão de remoção ou reparação do injusto decorrente tão somente de atos da autoridade pública (leia-se executivo), mas, em face dos demais ‘poderes’ – sempre atento à visão unitária do Estado.

Conquanto tratar-se o Estado de totalidade que deve ser considerada como tal, os atos que deste emanam devem ser tomados em suas peculiaridades; consideradas as pessoas que os realizam, os órgãos dos quais emanam e, à vista disso, suas relações recíprocas enquanto autônomas ou pertencentes ao próprio Estado.

posizione giuridica della nostra Colonia (ci dispiace non potere insistere sull'elegante argomento) è, parer nostro, quella di un territorio annesso all'Italia, ma in cui non siano state promulgate le leggi generali italiane: posizione identica a quella in cui transitoriamente si trovarono, p. es., il Veneto e la provincia di Roma, prima che all'annessione si facesse seguire la promulgazione dello Statuto e delle altre leggi: come non si poteva per queste provincie così non si può adesso per quella dubitare della sua pertinenza allo Stato italiano.”, cf. ROMANO, 1898b, p. 6-7.

⁴⁴ Cf. ROMANO, 1897, p. 11.

Desta forma, percebe-se a possibilidade de existência de direitos públicos diante não apenas do executivo⁴⁵, ou em termos exatos, do governo⁴⁶, mas enquanto também possibilidade de exigência perante o judiciário quanto à ‘obtenção de justiça’ – de uma sentença declaratória –, possibilidade esta que poderia ser observada, inclusive, em regimes despóticos.

Lança-se então uma crítica inicial ao jusnaturalismo. A crítica se dá, consoante o jurista italiano, corroborada por fatos historicamente demonstráveis de forma que, sempre atento ao concreto e ao jurídico neste manifestado⁴⁷, afasta novamente construções metajurídicas.

⁴⁵ Acerca da atuação potestativa do executivo: “Art. 1 – *I poteri dello Stato sono tre: il potere esecutivo, il potere legislativo ed il potere giudiziario. Tutti e tre li suddetti poteri sono distinti tra loro ed esercitati da soggetti diversi.*; Art. 6 – *Il potere esecutivo come sopra stabilito sarà provvisoriamente il Capo supremo dello Stato; avrà il comando di tutte le forze di terra e di mare; potrà stabilire trattati d'alleanza salvo la sanzione della Consulta legislativa; nominerà a tutti gl'impieghi civili e militari e farà tutti i regolamenti per l'effetto che le leggi abbiano esecuzione.*”. (COSTITUZIONE DELLE PROVINCE UNITE ITALIANE, 1831). No mesmo sentido, vide STATUTO DEL GRANDUCATO DI TOSCANA): “Art. 12 – *La persona del Granduca è inviolabile e sacra.*; Art. 13 – *Al solo Granduca appartiene il potere esecutivo: Egli è il capo supremo dello Stato. Egli comanda tutte le forze di terra e di mare, dichiara la guerra, fa i trattati di pace, di alleanza e di commercio; nomina a tutti gl'impieghi giudiziarii, governativi, amministrativi e militari; mantiene col mezzo de' suoi rappresentanti le relazioni colle potenze estere, e provvede con Motuproprii e Regolamenti alla esecuzione delle leggi, senza mai sospenderle o dispensare dall'osservanza di esse.*; Art. 15 – *Il solo Granduca sanziona le leggi e le promulga. e segg.*”.

⁴⁶ Cf. ROMANO, 1897, p. 11.

⁴⁷ Cf. GROSSI, Paolo. **L'Europa del diritto**. Roma: Laterza, 2008. Muito embora reflita o pensamento geral do historiador do direito Paolo Grossi e, portanto, encontram-se em diversas obras suas trechos que reflatam a premissa ora aposta, elucidativa, não obstante breve, o trecho: “*Fattualità: termine inconsueto ed oscuro, di cui è chiara unicamente la derivazione da fatto. Significa che il diritto riscopre i fatti nella loro genuinità, vi si adagia, si lascia modellare da essi, né pretende di coartarli o di alterarli. Precisando subito che, quando qui si parla di fatti, si intendono elementi e accadimenti materiali, fenomeni naturali (fisici, geologici, climatici) ed economico-sociali (assetti economici strutturali, costumanze, comportamenti collettivi). Quando una civiltà giuridica trova la sua fonte nella scienza (quella romana, per esempio) o nel potere politico (quella moderna, per esempio), il rischio (o, secondo i punti di vista, il privilegio) è che il diritto venga pensato e progettato dall'alto e si proietti sui fatti inserendoli - magari, a forza - nel progetto superiore. Qui è vero*

Afirma, assim, que a associação por este realizada entre direito público e liberdade política não passa de uma teoria insustentável, pois a simples possibilidade de se socorrer o cidadão do judiciário implicaria, por si só, a titularidade – qualidade – de sujeito de direitos públicos⁴⁸, ou seja, a participação política do cidadão no Estado não estaria relacionada necessariamente à esfera de direitos públicos.

O Estado, pois, apresenta uma de suas funções – a primeira manifesta pelo jurista em seu trabalho –, a saber, exatamente a de respeitar, proteger e garantir os direitos dos súditos na medida em que, quando estes experimentam seus direitos, ao Estado cabe aderir a um dever correspondente⁴⁹.

Ademais, conforme explícita crítica direcionada à Jellinek, o jurista italiano reitera que toda lei cria direitos e deveres ao mesmo tempo, sendo possível, inclusive, que o próprio Estado seja o titular do direito subjetivo e que, embora inconcebível que este ‘impere’ a si próprio, poderia fazê-lo em relação a seus funcionários – que são, na visão total, o próprio Estado.

Ou seja, Romano critica a teoria de Jellinek quanto à existência de direitos meramente objetivos que não criariam deveres correspondentes

esattamente il contrario; natura e società si esprimono senza imbavagliamenti, mentre il diritto si riserva un dimesso ruolo ordinativo. È particolarmente la natura fisica a farla da padrona, forza primordiale enorme e misteriosa ma vitalissima e fonte di vita, e perciò temuta e rispettata, che l'uomo subisce limitandosi a registrare le regole che si crede di leggere in essa scritte” Cf. Ibid., p. 20.

⁴⁸ ROMANO, *op. cit.*, p. 12-13. No original: “Una terza obiezione [...] versano negli Stati dispotici. Si potrebbero prendere ad esempio tali condizioni, per concludere che anche di fatto e storicamente si hanno esempi di cittadini privi di qualsiasi diritto pubblico. Eppure tale conclusione sarebbe erronea quant'altra mai. Non è vero che il concetto di diritto pubblico sia intimamente legato con quello, del resto abbastanza controverso ed elastico, di libertà politica. Una siffatta concezione, frutto delle teoriche di diritto naturale e della rivoluzione francese, come abbiamo di già osservato, è affatto insostenibile. [...] Esempio che toglie ogni dubbio: non c'è stato mai governo così dispotico che abbia negato ai suoi sudditi il diritto di ricorrere ai tribunali per ottenerne giustizia. Ciò è, secondo noi, più che sufficiente per conferire al cittadino la qualità di subbietto di diritti pubblici”.

⁴⁹ Ibid., p. 12. Do original: “Una delle funzioni, se non si vuol chiamare dovere, dello Stato è per l'appunto quella di rispettare, proteggere e garantire (sic) i diritti dei sudditi, cosichè quando questi sperimentano i loro diritti pubblici, lo Stato, adempiendo ai doveri corrispondente, non fa che esercitare una delle funzioni per cui esso esiste.”

na medida em que para o jurista italiano esses direitos pertencem ao Estado e são destinados apenas aos ofícios públicos enquanto deveres⁵⁰.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 24. Do original “Così, secondo noi, sbaglia Jellinek, allorquando, ritenendo un errore delle teoriche di diritti naturale la massima che ad ogni dovere corrisponda un diritto subbiiettivo da parte di qualche altro, crede che quei precetti che, per es., si riferiscono al ricovero dei mendici, alla pubblicità dei dibattimenti giudiziari, ai doveri del monarca e così via costituiscono semplice diritto obbiiettivo, che crea soltanto doveri per lo Stato e diritti riflessi pei cittadini. In tali casi noi crediamo che il diritto subbiiettivo esista ed appartenga allo Stato che non può imperare a sé stesso, ma i pubblici funzionari. In altri termini, siamo in presenza di leggi che si rivolgono ai soli pubblici ufficiali”. Não obstante minudencie a ideia de direito subjetivo de forma correlata à compreensão moral do Estado inerente à escola Alemã, e, assim, concluir também a distinção de ‘competência’ similar à do jurista italiano, afirma JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen rechte**. Freiburg I. B: Akademische verlagsbuchhandlung von J.C.B Mohr, 1892, p. 185-186: “Nur durch Anerkennung staatlicher Rechtspflichten durch den Staat selbst ist subjektives öffentliches Recht, wie des Staates, so des Subjicirten möglich. Durch das Dasein staatlicher Pflichten ist erst das Dasein individueller Rechtsansprüche gegeben. Und zwar entstehen diese Ansprüche überwiegend durch einseitigen Staatsakt: Gesetz, Verordnung oder Verfügung. Während im Privatrechte einseitige Verpflichtung des Berechtigten Ausnahme bildet, ist die einseitige Verpflichtung, die Selbstverpflichtung beim Staate die Regel. [...] Allseitige Untersuchung des Pflichtbegriffes führt auch zur Einsicht in die Unhaltbarkeit der naturrechtlichen Lehre, dass Recht und Pflicht unter allen Umständen Correlata seien, demnach jede Pflicht ein subjektives Rechte begründe. Der Gegensatz von Liebes- und Zwangspflichten, in welchem von Thomasius bis Kant und darüber hinaus das deutsche Naturrecht den Unterschied von Moral und Recht zu erblicken glaubte, indem aus den Rechtspflichten ein mit Zwang zu verwirklichendes Forderungsrecht irgend welcher Personen entspringe, den Liebespflichten jedoch keine Rechtsforderung entspreche, ist in dieser Ausdehnung nicht haltbar. Keine Pflicht existirt um ihrer selbst willen, sondern jede ist zum Schutz oder zur Erreichung eines nicht blos im egoistischen Interesse geheischten Gutes da. Die Rechtspflicht, indem sie Rechtsgüter schützt, schützt auch den subjektiven Werth, der diesen Gütern zukommt, das Interesse. Allein das durch die Pflicht geschützte Interesse ist nicht nothwendig ein individuelles und es lassen sich Fälle aufweisen, in welchen das Gemeininteresse durch eine Pflicht des Gemeinwesens selbst geschützt ist. Hier wird nun häufig der Interessenschutz nicht so weit gehen können, um auch eine rechtliche Forderung irgend einer Person und demgemäss ein subjektives Recht zu constituiren. Es ist logisch und faktisch unmöglich, dass aus den Pflichten der obersten Staatsorgane gegen den Staat selbst irgend Jemandem ein subjektives Recht entspringe. [Assim, conclui a escola alemã, tal qual posteriormente concluirá o jurista italiano que] Es ist logisch und faktisch unmöglich, dass aus

Entretanto, não se trata de relação de imperiosa oposição entre um e outro. São esboçadas também, enquanto caráter geral dos direitos públicos pertinentes aos interesses dos cidadãos, a imperiosa participação efetiva de uma condição específica, é saber, *uti civis*⁵¹, de forma que os interesses preponderantemente econômicos e mercantis seriam de esfera outra que não integrariam, dessa forma, os direitos públicos subjetivos.

Nesse sentido, portanto, observada a completude do Estado como sujeito de direitos, afirma de forma clara e inafastável que se pode falar exclusivamente de direitos públicos quando, e tão somente quando, uma das partes da relação é o próprio Estado⁵².

Porém, tal qual quando diante das atividades do fisco – notoriamente com características de direito privado –, pode-se verificar a atuação do Estado nesta perspectiva também no exercício da atividade jurídica e social, motivo pelo qual o critério, então utilizado a fim de se

den Pflichten der obersten Staatsorgane gegen den Staat selbst irgend Jemandem ein subjektives Recht entspränge. Setzt die Verfassung Pflichten des Monarchen fest, so erwächst daraus Niemand ein Recht”.

⁵¹ Cf. ROMANO, 1897, p. 15-16. Apõe que: “*Secondo noi, fonte di diritti pubblici possono anche essere, anzi sono precipuamente, quegli interessi che il cittadino ha, non come individuo fornito di bisogni economici, ma uti civis. Vero è per altro che, perché tali interessi siano riconosciuti, è necessario che vi corrisponda un interesse analogo dello Stato; cosichè quando, per esempio, al cittadino si concede il diritto di esercitare l'azione popolare o i cosiddetti diritti politici, egli è perché nell'un caso « reipublicae interest quam plurimos ad defendendam suam causam admittere », nell'altro caso, perché allo Stato interessa che i cittadini cooperino all'amministrazione della cosa pubblica. Ciò non esclude però l'interesse individuale che concorre con quello generale”.*

⁵² *Ibid.*, p. 20-21. Senão: “*Da ciò risulta, e l'osservazione è elementare, che non esiste alcun diritto pubblico che non appartenga allo Stato (usiamo tale parola in senso lato) o non si rivolga verso di esso. Senonchè, e qui cominciamo le difficoltà, lo Stato, in seguito ad un'evoluzione che, come fu ben detto, costituisce « uno dei più grandi e benefici progressi che la storia delle nozioni giuridiche ricordi », può essere anche subbietto di diritti esclusivamente privati. Ond'è che lo Stato nell'esercizio di quell'attività che dicesi patrimoniale, compra, vende, ha dei iura in re aliena, succede, ha insomma quella capacità medesima che ha ogni altra persona giuridica e gli si possono riferire le norme che a questa si riferiscono. Fin qui si può dire che non venga in giuoco lo Stato propriamente detto, ma il fisco, e tutto si riduce quindi ad avere un concetto chiaro, ciò che del resto non è facile, di questo fisco”.*

evitar a incursão em equívocos, é, segundo o jurista italiano, a finalidade⁵³ com a qual o Estado atua propriamente.

Logo, os direitos públicos não seguiriam a sorte de classificação então dominante entre direito público e direito privado – enquanto observados o interesse individual e interesse geral em oposição –, na medida em que tratar-se-ia tão somente de distinção formal cuja correspondência à concretude fática não se verificaria. Nesse sentido aponta, na esfera dos direitos privados, a família cuja base se funda tanto no interesse individual como no interesse geral e, no que pertine ao direito público, a confusão⁵⁴ quando da associação ao termo “constituição⁵⁵”.

⁵³ *Ibid.*, p. 21. Nesse sentido: “*Ond’è che mal può servire alla distinzione che ci occupa quel criterio che a prima vista si presenta così è seducente e che ricorre al fine per cui lo Stato agisce. Quand’esso, si dice, si propone dei pubblici vantaggi, avremo rapporti di diritto pubblico, laddove quand’esso mira unicamente al suo incremento patrimoniale ed agisce animo lucrandi, si avranno diritti ed obbligazioni private*”.

⁵⁴ Esclarecedora a ideia exposta quando do “*Le prime carte costituzionali*” cuja publicação acompanhou a abertura do ano acadêmico de 1906-1907 na R. Università di Modena. Vide ROMANO, Santi. **Prolusioni e discorsi accademici**. Modena: Università di Modena, 1931, p. 46. Nesse sentido particular: “*L’antica e famosa controversia circa la preferibilità o meno del diritto scritto al diritto consuetudinario, potè, almeno in pratica, risolversi in favore del primo, per quanto riguarda il diritto privato, grazie al grado di maturità e di perfezione da questo raggiunto, nonché al carattere dei rapporti che esso regola. Il diritto pubblico, in vece, che ancora è allo stato, per dir così, fluido, proprio quando si credeva de averlo ugualmente costretto nelle rigide formule di una dichiarazione legislativa, si è dimostrato come quelle sottili essenze, che riescono a svanire dal vaso più ermeticamente chiuso. Il che gli è riuscito tanto più agevole, quanto davvero poco esperti erano stati, per fortuna, i compilatori delle prime carte costituzionali*”.

⁵⁵ Trata-se da primeira utilização pelo autor do termo constituição, o que permite, entre outras, a concepção reflexa naquilo que pertine ao Estado. Cf. *Id.*, 1897, p. 17; apõe, especificamente: “*Non parliamo por dell’opinione di coloro che ravvisano la caratteristica dei diritti pubblici nel fatto che essi sino garantiti dalla costituzione. Se s’interpreta la parola « costituzione » per « carta costituzionale » o « statuto », vengono manifestamente ad escludersi numerosi diritti pubblici che trovano il loro fondamento in altre leggi. Se poi, come sembra che sia nell’intenzione di tali scrittori, si prende la parola « costituzione » nel significato di « organizzazione dello Stato », allora si dice cosa inesatta per altro verso. Che anche i diritti privati difatti siano garantiti dalla costituzione è verità di cui niuni dubita; è oramai proposizione incontrastata che il diritto privato trova, se non la sua origine, certo la sua protezione nel diritto pubblico, senza il quale esso mancherebbe d’ogni forza coercitiva, cioè non sarebbe più diritto*”.

Todavia, para a perfectibilidade da relação de direito público, indissociável da finalidade de atuação estatal está a participação efetiva de uma característica do próprio Estado⁵⁶, a saber, a soberania. Ou seja, faz-se imperiosa também a atuação do Estado na condição de soberano para que se possa definir a relação como de direito público, caso contrário, ter-se-á tão somente uma relação de direito privado⁵⁷.

Não que se deva concluir, dessa premissa lançada por Romano, que o direito público a tudo atrairia de forma a albergar forçosamente e a comunicar, consequentemente, essa sua caracterizante a tudo quanto ‘toca’. Nem tampouco deve-se concluir que tudo quanto referente ao

Em conformidade teórica, porém objeto de uma crítica com maior profundidade, vide, também, *Id.*, 1931, p. 42: “*Quel che è certo si è che scrivere una carta costituzionale fu allora sinonimo di stipulare fra i componenti la società politica un solenne contratto. [...] Redatte in forma breve, chiara e sistematica, si sperò che esse potessero servire a diffondere fra i cittadini la conoscenza e l'amore dei loro diritti e doveri, costituendo una specie di catechismo civile, da porsi nelle mani di tutti, persino in quelle dei bambini perché vi imparassero a leggere, come si volle per la dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino. L'esperienza dimostra come dal raggiungimento di tale scopo, anche sfrondata da ogni esagerazione puerile o romantica, si sia lontani; ma, comunque, anche se un vantaggio siffatto si fosse ottenuto, esso sarebbe forse rimasto mal compensato da alcuni correlativi svantaggi. Fra questi, il più grave è che, se non determinata, si è almeno rafforzata l'idea che una costituzione può compilarsi in un giorno, anzi in un'ora, e che non grave dev'essere la difficoltà di cancellare i pochi articoli di cui essa si compone, per sostituirli con altri balenati alla mente e fissati in un felice momento di estro. Molte carte costituzionali, che vissero una vita effimera o che rimasero allo stato di semplici disegni, furono compilati per effetto di tale fiduciosa credenza, che, se in certi momenti può riuscire innocua, contribuendo solo ad alimentare qualche utopia, in certi altri periodi può tornare di gravissimo pericolo, specie quando si rivolge contro istituzioni che non hanno avuto il tempo di consolidarsi*”.

⁵⁶ *Id.*, 1898b, p. 6. Nesse sentido, quando da crítica direcionada à Jellinek, esclarece: “*Ma non sapremmo comprendere, giova ripeterlo, l'esistenza di uno dei tre elementi [abitantes, território e supremacia], senza che, per la mancanza degli altri due, si abbia uno Stato, giacchè, a parer nostro, più che di tre elementi nel senso vero e proprio della parola, si tratta nel nostro caso di tre lati d'un unico concetto: la sovranità, considerata dal punto di vista delle persone e del luogo su cui si esercita, dà luogo rispettivamente alle idee di sudditanza e di territorio*”.

⁵⁷ *Id.*, 1898a, p. 29. Explicativo: “*un rapporto giuridico, non importa se svolgentesi nel campo del diritto privato o del pubblico, si ha solo quando i termini di esso siano due subbietti; nel diritto costituzionale uno dei termini di tale rapporto, cioè uno di tali subbietti, è sempre lo Stato*”.

‘direito privado’ implicaria, por assim dizer, a atuação aquém ou além do Estado⁵⁸.

É preciso, nesse ponto específico, cujo clarear ainda não se apresenta oportuno⁵⁹, ter em mente que a delimitação da seara do direito público é elemento de importância primeira para a conformação teórica do Estado e, neste primeiro momento, compreender que, ainda nas relações privadas, há uma ingerência social e, por conseguinte, atua o Estado sempre com as vestes do poder soberano⁶⁰.

Conforme demonstrar-se-á ao longo do presente trabalho, essa delimitação conceitual possui primordial importância para a teorização do Estado em Santi Romano. E, muito embora não lhe seja uma preocupação exclusiva, é particularmente do confronto teórico com os juristas abordados no presente trabalho que se pode verificar a apropriação para a conformação do ulterior institucionalismo.

⁵⁸ Para que não floresçam dúvidas acerca de eventual contradição, cujo clarear será adiante fornecido, esclareça-se a concatenação inicial exposta por Romano: *“Anche noi sosteniamo che di fronte allo Stato intero, concepito nella sua totalità, nel complesso dei suoi poteri sovrani, non può darsi alcun diritto individuale. Senonchè non può mettersi in dubbio che lo Stato, nella sua vita concreta, non può mai manifestarsi rivestito di tutte le sue funzioni, ma può solo presentare, per dir così, volta per volta un solo lato di sé medesimo o, meglio, un organo fornito di speciale competenza.”* Cf. ROMANO, 1897, p. 10-11.

⁵⁹ Não que se pretenda o desvio teórico, mas essencialmente para fins metodológicos, optou-se por ressaltar a afirmação respectiva na medida em que adstrita à concatenação exposta por Romano, ou seja, de forma a preservar a ordenação teórica original. Entretanto, o esmiuçar deste ponto específico será analisado detidamente no presente trabalho quando da análise dos ‘Órgãos Constitucionais’, vide 1.1.3 (*sdoppiamento*).

⁶⁰ Cf. ROMANO, 1897, p. 21-22. No original: *“Secondo noi, perché un rapporto di diritto pubblico s’istituisca, è necessario che lo Stato v’intervenga come sovrano: i casi in cui esso agisce o interviene senza tale sua qualità rientrano nei domini del diritto privato. Forse a ciò si potrà obiettare che tale criterio potrebbe esser vero solo quando si parla di diritti pubblici dello Stato, non già quando si tratta di diritti pubblici dei cittadini, in virtù dei quali lo Stato medesimo, lungi dall’apparire sovrano, si presenta come obbligato. L’obiezione pertanto sarebbe erronea. Anche in quest’ultimo caso si tratta sempre di un’obbligazione che solo lo Stato può adempiere perché sovrano o che almeno egli adempie come tale. Così quando il cittadino ha il diritto di ottenere da lui giustizia, il dovere corrispondente che ha lo Stato sta in immediato rapporto con la sua sovranità: egli è in sostanza obbligato (e nei termini non c’è contraddizione) all’emanazione di un atto sovrano.”*

1.1.1 Direitos Subjetivos e o Estado

Esta incapacidade de dissociar por critérios outros que não o de direitos públicos *versus* direitos privados, típica do movimento revolucionário francês, acarreta, para além da inexata conceituação do Estado, a confusão (falta/ausência de compreensão) acerca da classificação dos próprios direitos públicos, equívoco no qual sequer⁶¹ Hauriou conseguira não incorrer ao realizar a distinção dos direitos públicos⁶².

Não apenas a premissa da soberania é avocada aqui como elemento caracterizador do Estado e, além, do direito público, como dela também decorrem, por necessário, as relações dos indivíduos na condição de pertencentes/titulares de direitos, é dizer, dos direitos subjetivos. Assim, a soberania seria também o elemento caracterizador negativo do Estado no sentido de se lhe exigir, o indivíduo, prestações positivas⁶³.

Importa registrar que Romano utiliza-se, não sem antes submetê-la à severa crítica, dessa classificação para o aperfeiçoamento, então por ele realizado, quando da teorização da presente obra.

Assevera, nesse sentido, que a distinção utilizada por Hauriou⁶⁴, para além da inexatidão da terminologia – ao confundir indiferentemente

⁶¹ Limitou-se aqui, na seara dos direitos subjetivos, a apresentar as críticas pontuais erigidas por Romano em relação a Hauriou, essencialmente para fins metodológicos. É, entretanto, analisada de forma um pouco mais esmiuçada – em perspectiva comparativa – a teoria de Hauriou em algumas de suas variantes no segundo capítulo do presente trabalho; *vide* 2.2.1.

⁶² Cf. HAURIOU, Maurice **Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif**. 2. ed. Paris: L. Larose & Forcel éditeurs, 1893.

⁶³ *Vide* ROMANO, 1898, p. 22.

⁶⁴ HAURIOU, *op. cit.*, p. 79-80. No original, afirma que “*Les droits publics sont les droits reconnus à l'individu vis-à-vis de l'État et garantis par l'ensemble de la Constitution. Leur nombre et leur qualité varient avec l'état social. Nous n'avons à nous occuper ici que de la législation française actuelle. Le non des droits publics leur a été donné dans le charte de 1814, ils l'ont gardé depuis ; quant à leur liste, on la trouve dans célèbre Déclaration des droits de l'homme des 3-14 septembre 1791. On peut dire que ce texte est encore en vigueur ; en effet, la constitutio du 25 février 1875 ne parle pas des droits publics ; comme elle n'a certainement pas eu l'intention de les supprimer. Il faut admettre qu'elle s'en réfère ici à la constitution précédente, celle du 14 janvier 1852, qui elle, dans son art. 1^{er}, contient un renvoi formel à la Déclaration de 1791. Nous donnerons plus tard la liste complète des droits publics, pour le moment, remarquons qu'on peut les diviser en trois groupes: 1° Le groupe des droit politiques ou civiques, qui donnent au citoyen le droit de participer à la*

direitos políticos e direitos civis que, para Romano tratam-se da mesma categoria de direitos –, incorre também na “bizarra”⁶⁵ classificação francesa erigida da fórmula *liberté, fraternité, égalité*.

Nesse sentido, ao dividir os direitos em três classes, a saber: (I) direitos políticos ou civis; (II) direitos de liberdade; e (III) direitos ao serviço do Estado, Hauriou teria inserido suas duas primeiras classes na palavra (conceito) *liberté* e a terceira classe na palavra (conceito) *fraternité*. Não restando, conforme Romano, pela vacuidade da classificação, uma classe a inserir na palavra (conceito) *égalité*, inseriu-se, forçosamente, o princípio segundo o qual todos os homens são iguais diante da lei.

O legislador ‘iluminado’, por conseguinte, consoante a equivocada tradição, seguira a distinção entre direitos públicos e privados designando a estes últimos como os direitos civis e àqueles como direitos políticos.

Utiliza-se, assim, da teoria exposta por Jellinek acerca do *status*⁶⁶ compreendido esse em paridade à tradição romana para, então, refutada, explicitar o que seriam os direitos. De forma sucinta: o *status subjectionis* que pertine ao súdito em relação de dever e acatamento à vontade soberana do Estado. Tal *status* é comparado, por Romano, ao instituto já então extinto do direito privado de servidão pessoal e que, mais, conforme já exposto quando da crítica à tradição germânica, capta o cidadão

constitution et au fonctionnement de l'État lui-même ; le principal de ces droits est le droit de suffrage; 2° Le groupe des libertés, qui donnent à l'individu le droit d'exercer librement en tout sens sa propre activité, liberté de conscience, liberté du travail, liberté de la propriété, etc.; 3° Le groupe des droits aux services de l'État ou bien aux bénéfices de la loi, dont les plus intéressants par les questions qu'ils soulèvent sont les droits à l'assistance".

⁶⁵ Cf. ROMANO, 1897, p.28. Do original: “È cosa però assai bizzarra e che dimostra la tenacia dei Francesi nel tenersi stretti a metodi e ad idee presso di noi tramontare, anche da parte di coloro che più di tutti mostrano di volersene emancipare come l'Hauriou, il fatto che una tale classificazione sia stata, non diremo desunta, ma suggerita e, fino ad un certo punto, adattata alla celebre formula: *liberté, fraternité, égalité*”.

⁶⁶ Limitou-se aqui, novamente, a apresentar as críticas pontuais realizadas por Romano, conforme os fins teóricos por ele pretendidos. Para fins metodológicos, optou-se por preservar os elementos apresentados por Romano, muito embora a análise acerca da teoria dos *status* tenha sido retomada no segundo capítulo do presente trabalho; vide 2.1.1. Veja-se, ainda, para uma análise direta, mais aprofundada, JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. México: FCE, 2000, p. 378 et seq.

enquanto objeto e não sujeito de direito – o que é incompatível com o direito.

Porém, Jellinek apregoa que o *status subjectionis* não se estende a todo o campo de atuação dos súditos, pelo que há também a coexistência de uma esfera livre de ação do indivíduo sujeita tão somente à sua própria vontade – no sentido propriamente negativo de que o Estado abstenha-se de intervir em determinadas searas. Disso surge o *status libertatis*.

Em sentido contrário – ao negativo de abstenção de intervenção –, há também a obrigação do Estado, em sentido positivo, em muitas das relações com os súditos. Essa auto-obrigação de realizar prestações positivas faz surgir o *status civitatis*.

Por fim, para a regular atuação do Estado-pessoa, pode-se verificar que este se sirva da vontade de pessoas físicas para a consecução da sua própria vontade, o que se realiza mediante o constrangimento ou mediante a autorização; no caso desta última, verifica-se o *status activae civitatis* e, por corolário, assoma a noção de direito político.⁶⁷

Surge, portanto, em oposição à genialidade teórica de Jellinek, a teoria de Santi Romano dos direitos subjetivos. Dada já a premissa de que, enquanto jurídica, as relações implicam dois sujeitos de direito, apresenta ainda a questão patrimonial do Estado como titular de bens de domínio público – finalidade pública – e os bens cuja titularidade se verifica tão somente como patrimonial.

Assim, os direitos meramente reais não se enquadrariam em quaisquer dos *status* expostos por Jellinek. No mesmo sentido, Romano traz o imposto fundiário cuja incidência e cogência aos cidadãos não se justificaria pelo *status subjectionis*⁶⁸, pois considerados estes como proprietários de um fundo em um território sobre o qual o Estado impera; mesma sorte ao direito de expropriação por utilidade pública que engloba o direito patrimonial real e o público ao mesmo tempo.

⁶⁷ ROMANO, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁸ *Id.*, *loc cit.*, Do original: “*E procediamo ancora nell’osservazione. Lo Stato pretende dai suoi cittadini, ad esempio, l’imposta fondiaria. Ma errerebbe grandemente chi credesse che i cittadini, in quanto ubbidiscono a tale comando dello Stato, entrano nello status subiectionis. Non si confonda il generale dovere d’ubbidire che hanno i sudditi, ma perché proprietari d’un fondo situato nel territorio su cui lo Stato impera. Del resto questi concetti elementarissimi sono quelli che informano la nota distinzione fra imposte reali e imposte personali. Ecco dunque un altro esempio di diritti patrimoniali e pubblici nello stesso tempo, poichè sul carattere pubblico dell’imposta non crediamo possa cadere alcun dubbio: essa implica necessariamente un atto d’impero*”.

Portanto, por possuir o conceito germânico uma inexatidão inadmissível, Romano sugere uma via alternativa quanto à classificação; divide os direitos públicos em cinco categorias, a saber: (I) direito de supremacia; (II) direito de liberdade; (III) direitos civis; (IV) direitos políticos; (V) direitos públicos patrimoniais.

Quanto aos primeiros, especifica que cabem tão somente à administração direta ou indireta do Estado, é dizer, aos corpos autárquicos que possuem personalidade própria. Todos os demais pertinem tanto a pessoas físicas como jurídicas.

1.1.2 Direito de Supremacia

Mantidas as premissas anteriormente expostas, especialmente a que se refere à teoria geral do direito – que avoca a imprescindibilidade de dois sujeitos ‘de direito’ para a perfectibilidade da relação jurídica – e, também, a da completude do Estado, são esboçadas as premissas acerca do direito de supremacia.

Refutação teórica inicial imprescindível para a compreensão do direito de supremacia é a erigida pelos contratualistas, neste específico, em relação à soberania popular e a teoria da representação. O povo, que, para fins de direito, não é dotado de personalidade jurídica nem tampouco se pode personificar senão no próprio Estado, não pode, outrossim, ser titular de qualquer direito enquanto ‘povo’. Certo de que aquele que nada possui nada pode ceder/transmitir, não há que se falar, para Romano, consequentemente, em soberania popular⁶⁹.

Trata-se, por conseguinte, de direito público daquele cuja participação para caracterizar este último como tal faz-se imperiosa: o Estado.

O Estado, pois, na condição de pessoa jurídica, ao realizar, através de seus órgãos/órgãos administrativos – que não constituem pessoas jurídicas autônomas – as atividades a estes últimos inerentes, cria/mantém não uma relação de superioridade/supremacia, mas de delimitação de competência. Ou seja, os órgãos da administração direta, por agirem conforme a finalidade do próprio Estado, atuam com parcela de competência por este definida e não constituem, assim, relações jurídicas outras porquanto inexistente a premissa de pessoas jurídicas.

⁶⁹ Duguit apresenta, em similitude crítica, embora de forma mais esmiuçada no tocante à soberania, os elementos analisados por Romano, nesse sentido *vide* 2.2.2 do presente trabalho.

Entretanto, grupos coletivos – pessoas jurídicas – que possuam interesses próprios no exercício de algumas funções públicas poderiam vir a ser constituídas/reconhecidas pelo próprio Estado. Enquanto pessoas com finalidades próprias – que não a do próprio Estado –, mas no exercício de funções públicas, seriam constituídos os corpos autárquicos da administração indireta.

O Estado pode, consequentemente, no que pertine às relações dos corpos autárquicos com seus membros singulares, e, inclusive, com corpos autárquicos menores, conceder direitos próprios de supremacia a serem por estes exercidos⁷⁰.

Ou seja, considerado sempre o Estado enquanto totalidade – grande edifício – não se pode atribuir a soberania à pessoa outra que não a ele próprio e, assim, quando diante dos corpos autárquicos que integram o Estado e exercem finalidades públicas, estes ‘repetem’ tão somente a soberania apenas em relação às pessoas físicas e aos corpos autárquicos menores a eles subordinados; jamais, porém, em relação ao próprio Estado.

Nesse sentido, afirma tratar-se a soberania⁷¹ de elemento indissociável; pressuposto necessário de existência do Estado:

⁷⁰ Cf. ROMANO, 1897, p. 38-39. Esclareça-se, nesse sentido: “*Senonchè può darsi il caso che lo Stato conferisca ad una persona collettiva, alla quale appartenga un numero più o meno stesso dei suoi sudditi, il diritto subbiettivo di esercitare, nell'interesse dell'ente medesimo, alcune funzioni pubbliche. Quando tale concessione avviene, allora siamo in presenza di quelli che comunemente sogliono denominarsi corpi autarchici [...] Questi, da un lato, debbono sempre considerarsi come parte del grande edificio dello Stato, in quanto che esercitano funzioni statuali e sono dotati d'imperium statale: senonchè, per il fatto che a tale esercizio essi hanno un diritto subbiettivo che conferisce loro la qualità di persone giuridiche pubbliche, non possono rientrare nel concetto d'amministrazione diretta dello Stato, ma in quello di amministrazione indiretta*”.

⁷¹ Vide, por elucidativa, quando do discurso de inauguração do ano acadêmico da Universidade de Pisa 1890/1891, a esclarecedora lição de CODACCI-PISANELLI, Alfredo. **Scritti di diritto pubblico**. Castello: S. Lapi, 1900, p.145: “*Il concetto giuridico formale della sovranità dello Stato è al di sopra d'ogni dissenso. Esso non preclude la via ad una discussione diversa; la quale può essere sociologica o politica. Sociologica quando tenda a stabilire quali elementi sociali si fanno, nei diversi casi, valere in quella forma giuridica che è lo Stato. Politica quando voglia ricercare per un dato paese il miglior modo di distribuzione della sovranità. Ma qualunque sia il risultato cui queste discussioni possono condurre, esso non infirmerà mai il valore di quello cui condusse l'indagine giuridica. Comunque costituito, sovrano sarà sempre lo Stato.*”

E basta considerar a índole, a natureza, a definição mesma do Estado para concluir a mais óbvia consequência de que este, antes de tudo, detém o direito à obediência das pessoas que a ele estão sujeitas/subordinadas. Tal direito, que a todos os outros compreende e *absorve*, é o pressuposto necessário, a condição indispensável da existência do Estado mesmo, do seu, por assim dizer, funcionamento. Isso que, em outros termos, é o direito de soberania, está de tal forma implícito na ideia de Estado que a qualquer um parece ser inútil coloca-la em evidência e fazê-la objeto de uma teorização especial.⁷²

Ocorre que – e esta é sem dúvida alguma, senão a maior, a mais marcante qualidade do jurista italiano –, para além de ater-se ao concreto, afina-o com esmiuçada análise jurídica por vezes inovadora, pelo que a soberania, como elemento jurídico, é submetida ao crivo crítico aliada ao desprezo seletivo já outrora registrado⁷³.

Nessuno in un paese che ha sempre aspirato alla libertà potrà supporre che chi sostiene il concetto giuridico della sovranità politica nasconda intenzioni antiliberali. È, anzi, il desiderio della libertà vera e reale che fa sostenere questo concetto, la cui esattezza appare più chiaramente che altrove in uno Stato libero moderno, nel quale, eliminata ogni tendenza alla impossibile e pericolosa concentrazione della sovranità nelle mani di un solo, le attribuzioni in essa contenute furon distribuite tra diverse autorità coordinate tra loro. Nessuna parte della piramide politica, comunque la si disegni e rigiri, assorbe più tutti i diritti della sovranità, la quale si è diffusa in modo che nessuno può più pretendere il monopolio”.

⁷² ROMANO, *op. cit.*, p. 39-40. Do original: “E basta guardare un poco all’índole, alla natura, alla definizione stessa dello Stato, per trarne la assai ovvia conseguenza che esso anzitutto ha il diritto all’obbedienza delle persone che gli sono sottoposte. Tale diritto, che tutti gli altri comprende ed assorbe, è il presupposto necessario, la condizione indispensabile dell’esistenza dello Stato medesimo, del suo, per dir così, funzionamento. Esso che, in altri termini, è il diritto di sovranità, è così implicito nell’idea di Stato che a taluno è sembrato perfino inutile il metterlo in evidenza e farne obbietto di una speciale teoria”.

⁷³ Neste sentido, registre-se a análise histórica realizada pelo jurista italiano acerca dos institutos assimilados à soberania, seja no direito romano, no que pertine ao instituto da *professio* compreendida não como corolário de uma obrigação contratual típica do direito privado, mas como elemento dotado de poder e cuja sanção era plenamente verificada, seja através da *deminutio capitis*,

Logo, sem rejeitar o conceito, sob pena de colocar em dúvida a base jurídica do Estado, Santi Romano parte da justificação potestativa da soberania como elemento adquirido da natureza mesma do Estado, é dizer, como força. Porém, enquanto força, abstratamente concebida, restaria implícita, ao menos potencialmente, a inexistência de limites; consequentemente: força potestativa fática ou mera força brutal.

O direito, que por definição não existe se inexistente um seu limite, seria, portanto, incompatível com a ideia de soberania, do que decorre, de forma conclusiva, que a força a que se refere a soberania é, essencialmente, “força do direito”⁷⁴ e, por corolário, delimitada.

Inerente relação com a teoria dos direitos públicos subjetivos guarda a questão da soberania do Estado, à medida em que consideradas as relações jurídicas. É dizer, conforme já exposto, não apenas quando diante do *status subjectionis* na condição de ter impostos deveres pelo Estado, mas também quando o Estado atua de forma positiva – alargando ou criando a esfera de direitos individuais –, os cidadãos, pessoas jurídicas privadas e corpos autárquicos, na condição de sujeitos de direito,

seja ainda através da *renditio trans Tiberim*. Analisa, também, a teórica do surgimento reflexo baseado no direito da família, considerado o soberano como *pater famílias*. Cf., ROMANO, *op. cit.*, p. 45: “*Ciò pertanto è vero solo parzialmente. Certo noi non vogliamo dubitare della verità di quelle recenti ricerche sociologiche, secondo le quali l'origine degli Stati dovrebbe ricercarsi appunto nelle prime associazioni familiari ; non vogliamo nemmeno negare, riguardo al diritto romano, che esso, frutto di un'evoluzione giammai interrotta, portò sempre in sé le traccie delle istituzioni precedenti e perciò anche delle familiari ; ma crediamo ciò nonpertanto che il valore grandissimo di siffatte verità sia semplicemente storico e sociologico, se così piace. Quando noi vogliamo studiare dal punto di vista del diritto vigente il rapporto di sudditanza e indagare la sua indole giuridica, è vano ricorrere a delle analogie che indubbiamente esistono, ma che lungi dal condurre a pratiche conseguenze impediscono la visione netta e limpida del rapporto medesimo.*”

⁷⁴ *Ibid.*, p. 40. No original: “*Senonchè lo Stengel ha recentemente osservato come impropriamente si dia il nome di diritto a questa, per dir così, supremazia dello Stato. Questo, egli dice, non acquista la sua sovranità sul fondamento di un precetto giuridico, ma per la sua stessa natura: esso si presente innanzi tutto come forza. Il combattere un cosiffatto sofisma ci trarrebbe molto lontano. Ma per avventura noi crediamo che, nelle attuali condizioni della scienza, non possano mettersi più in dubbio le basi giuridiche dello Stato. Se questo appare, innanzi tutto, come forza, egli è certo che tale sua forza è appunto quella del diritto.*”

vivenciam similarmente, de forma implícita, o comando a terceiros no respeito e observação aos referidos direitos.⁷⁵

Ou seja, ainda quando diante de prestações positivas pelo Estado realizadas, há a prevalência da força do direito no que tange à observação destes direitos individuais pelos demais indivíduos; há aí também a soberania como relação jurídica devidamente conformada.

Tanto verdadeiro que, refutando novamente a teoria contratualista e a compreensão dos direitos e deveres enquanto correlação, desnatura o jurista a percepção negativa dos indivíduos de submeterem-se todos ao abstrato e metafísico poder do Estado, segundo o qual, em fazendo-o, receberiam, desta feita, as prestações positivas enquanto cidadãos de uma coletividade.

Bastaria, em tal contexto, o não adimplemento pelo Estado de quaisquer destas prestações para que os súditos se negassem, legitimamente, ao cumprimento dos deveres respectivos, afinal:

O direito público tem sua razão de ser bem mais alto: ela repousa sobre o interesse do Estado, não se trata de uma concessão piedosa ou de uma generosa liberalidade, mas de uma necessidade sentida principalmente a partir do/pelo próprio Estado.⁷⁶

Afastam-se, da mesma forma, as associações doutrinárias que buscam assimilar a soberania aos institutos do direito privado. Estas, que buscam, regra geral, na assimilação ao poder familiar exercido pelo varão, projetariam-se, conseqüentemente, em esferas maiores e.g. o príncipe como *pater familias* do seu povo, e possuiriam também valor sociológico, filosófico, etc.; não, porém, valor jurídico.

Já as associações de direito privado apareceriam, consoante o jurista italiano, como modelos que, historicamente, modelaram e conceberam o Estado — formas primordiais do Estado⁷⁷;

⁷⁵ *Id.*, loc. cit.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 42. Do original: “*Il diritto pubblico invece ha la sua ragion d'essere ben più in alto: esso riposa sull'interesse stesso dello Stato, non è una pietosa concessione o una generosa liberalità, ma una necessità sentita principalmente dallo Stato*”.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 46. No original: “*Certo anche qui delle analogie se ne possono, sottilizzando, trovare ma ci sembra del tutto erroneo il dar loro tanta importanza da creder possibile una ricostruzione, in base a tali concetti, del diritto pubblico,*

consequentemente, ilógico restaria retornar à fundamentação anteriormente esboçada.

Pontua, pois, que a ‘subordinação’ seria uma espécie de direito *sui generis* na medida em que apresenta o súdito ora como objeto da soberania tão somente no que concerne a algumas relações, fora das quais, então, retornaria à condição de sujeito – direitos reflexivos⁷⁸.

Distingue, nessa perspectiva, o dever de obediência geral cuja observância imperiosa afeta a todos os súditos e aquele cuja observância se aplica somente aos súditos que passam a integrar os órgãos constitucionais do Estado – consoante explicitado adiante. Quanto a estes segundos, importa registrar a percepção de que devem observar os preceitos já devidamente traçados, mas que, entretanto, devem ter como matriz direcionadora “sempre o maior bem do Estado”⁷⁹; logo, os súditos detentores de poder discricionário – e inclusive as autarquias – possuem, sobretudo um dever, que é o interesse do Estado⁸⁰.

Neste peculiar, a compreensão do direito quanto aos súditos torna-se clara na medida em que postula – diante da refutação de que a todo o dever corresponde um direito – a especificidade lacunar quanto a determinados ‘súditos’ que, em descumprindo determinadas orientações – e.g. o rei que se recusa a promulgar uma lei sancionada –, não lhes

che si vorrebbe far divenire parte di un generale diritto corporativo o associativo, che dir si voglia (Genossenschaftrecht).”

⁷⁸ *Ibid.*, p.48.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 50. Do original: “[Allora, oltre l’immancabile dovere d’ubbidire, essi hanno, secondo noi, l’altro dovere, così importante, di procurare] sempre il maggior bene dello Stato”.

⁸⁰ Esclarecedora, nesse sentido, a totalidade do pensamento naquilo que pertine à abordagem do interesse do Estado; *vide Id.*, loc. cit.: “Allora, oltre l’immancabile dovere d’ubbidire, essi hanno, secondo noi, l’altro dovere, così importante, di procurare sempre il maggior bene dello Stato. Tale obbligo, naturalmente può riscontrarsi, non già quando la loro condotta è tracciata, totalmente e rigorosamente, dalle leggi e dai regolamenti, sulle cui rotaie essi debbono muoversi, nel qual caso essi non fanno che ubbidire ad espliciti precetti, ma quando sono loro conferiti dei poteri discrezionali. Nei limiti di questi, i pubblici funzionari e i corpi autarchici possono liberalmente muoversi, ma loro stella polare, loro punto d’orientamento dev’essere sempre il bene dello Stato. Per modo che il potere discrezionale, sulla cui nozione dovremo, per quanto brevemente, insistere appresso, è innanzi tutto un dovere, tanto più grave, quanto più indeterminato e complesso nel suo contenuto, che non si lascia specializzare ed esprimere altrimenti che con la parola «interesse», dello Stato”.

restariam ações respectivas a serem tomadas pelo próprio Estado, não obstante a existência – própria – do direito⁸¹.

1.1.3 Órgãos Constitucionais

Segundo já asseverado, dada a premissa de que o Estado é pessoa sujeito de direito, Santi Romano desenvolve, dentre outros, o conceito de competência e de função pública para explicitar de que forma os órgãos do Estado representam-no e se apresentam senão enquanto Estado mesmo. De acordo com o jurista italiano, no realizar corrente de suas funções ordinárias, os órgãos do Estado outra coisa não podem ser que o próprio Estado no desenvolvimento de suas próprias funções.

Para tanto, já nos idos de 1898, dedica toda uma obra para a análise específica da natureza desses órgãos e das relações jurídicas por eles estabelecidas, objeto de sua *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*⁸² na qual já aponta, senão como mais importante, um dos mais fundamentais e difíceis problemas da então ciência do direito público (à época) moderno.

De forma lúcida⁸³, diante da finalidade à qual se propõe, reconhece a inexistência teórica estritamente jurídica acerca dos órgãos

⁸¹ *Ibid.*, p. 51. Do original: “*Secondo noi, è però inesatto dire che in tali casi lo Stato non possenga alcun diritto: solo questo, per ragioni che differiscono da caso a caso, non potrà sperimentarsi. Così, ad esempio, nel caso del re che non convoca il parlamento e non promulga la legge: il diritto dello Stato a che tale convocazione o promulgazione avvenga è innegabile; senonchè il principio della irresponsabilità del re medesimo, la presunzione assoluta che egli non può mai far male, e così via, impediscono che tale diritto possa esercitarsi: ma l'impossibilità d'esercitare un diritto, non implica, astrattamente e generalmente parlando, ch'esso non esista*”.

⁸² Cf. ROMANO, 1898a.

⁸³ Afirma-se a lucidez na medida em que a referida crítica, inclusive, é direcionada ao seu preceptor; é dizer, muito embora as influências e conformação mesma, a ora lucidez não impede Romano de direcionar-lhe, a Orlando, aquelas que entende falhas. Senão, *vide Ibid.*, p. 10-11: “*La teoria del Governo, quando non s'ispira a criteri affatto politici, che mal troverebbero posto in una trattazione di diritto costituzionale, ha quasi sempre lo scopo di classificare le diverse forme di governo, sulle orme specialmente di Aristotele e del Montesquieu, fermandosi a preferenza su quello prevalente negli Stati moderni e che suole comunemente definirsi per rappresentativo, del quale enumera le caratteristiche principali. Come si vede una ricerca che, nel migliore dei casi, rientra nel diritto pubblico generale, ma che, molto più convenientemente, il più*

constitucionais e, nesse sentido, a existência aproximada da teoria geral do governo como elemento de compreensão do fenômeno do Estado em sua completude, não obstante aproximar-se, esta última, mais da ciência política.

A já analisada crítica ao contratualismo – e teorias congêneres que provêm de construções abstratas – é novamente revisitada porquanto responsável também pela inexactidão da compreensão ‘reproduzida’ pelas teorias do direito público. Estas, em suma, ao partirem da compreensão errônea do povo – elevado a sujeito de direitos –, acarretam a

delle volte dovrebbe formare obbietto della scienza politica: comunque sia essa non ha nessun punto di contatto con la teoria generale degli organi costituzionali dello Stato”. Entretanto, quando da análise dos escritos de seu preceptor, percebe-se claramente o apontado equívoco ou ‘falta de precisão’. Nesse sentido: “Rilevammo che la nozione di governo, elemento essenziale della sovranità, può concepirsi come il complesso delle istituzioni, politiche di cui consta il Diritto pubblico dello Stato. [nota do autor: ‘Ricordiamo di non confondere questo senso tecnico della parola governo con l’altro, più stretto, usato nel linguaggio politico e per cui essa indicherebbe quel potere che presiede all’indirizzo generale politico e si confonderebbe in certo modo col concetto di potere esecutivo’]. Così inteso, il governo può assumere, ed h storicamente assunto, forme diverse; lo studio delle quali forma obbietto della presente teorica. Una prima e celebre distinzione delle forme di governo fu fatta da Aristotele nel libro III, cap. 4, 5 della sua Politica. Egli affermava di volere solo considerare quelle forme di governo, le quali egli chiamava pure in quanto hanno per fine essenziale di attuare la giustizia (concetto che ha delle analogie con il moderno «Stato giuridico,» *Rechtsstaat*, dei Tedeschi). Questa maniera di governo poteva assumere tre forme [...] La distinzione aristotelica, ripetuta dagli scrittori politici romani, è arrivata sino a noi e perdura come teoria fondamentale, malgrado i numerosi tentativi di modificarla ed accrescerla. [...] Si è dimenticato altresì che con quella ricerca la quistione [sic] di spostava e si snaturava: dappoicchè noi qui di forma discutiamo, mentre quell’esame presuppone il valore effettivo e sostanziale di una forma di governo, esame il quale non può farsi se non in rapporto alle concrete condizioni di uno Stato. Così noi vediamo il Montesquieu (*Espirit des lois*, libro III, cap.1-7) pretendere di stabilire il principio il quale anima ognuna delle forme aristoteliche e ne determina la maniera di azione. Così molti altri scrittori istituiscono l’esame, necessariamente sterile, di determinare quale sia la legge che regola la successione storia fra le varie forme di governo: legge che non può esistere e non esiste. Ma la forma più generale, sotto cui una tale tendenza si manifesta, è costituita dalla teorica del così detto Stato misto, il cui germe si riscontra in Aristotele medesimo, e che fu poi sviluppato dagli scrittori seguenti, dai Romani sin oggi.” Cf. ORLANDO, 1894, p. 50-51.

compreensão de “corpos antagônicos”⁸⁴ ao próprio Estado; corpos que, por conseguinte, defenderiam/protegeriam os indivíduos exatamente do Estado *e.g.* os eleitores e a Câmara dos Deputados. Compreensão equivocada, pois, segundo o jurista italiano, tratam-se exata e tão somente de órgãos do Estado, no caso desta última, e, portanto, os direitos, longe de antagônicos, restariam coincidentes⁸⁵.

Avoca, assim, novamente, a premissa já lançada acerca da compreensão do Estado como totalidade – no sentido de que a personalidade deste deve absorver e preponderar sobre todas as demais⁸⁶ – na medida em que elemento imprescindível para fundamentação jurídica do concreto e real.

[...] sempre do ponto de vista do direito [pela dogmática jurídica], é vão pesquisar a relação entre os órgãos mencionados com um ente que, como o povo, não têm existência jurídica senão no Estado e que, pelo contrário, devem fazer-se reentrar no grande edifício deste último, estudando-o em conexão com a sua personalidade e soberania.⁸⁷

⁸⁴ Cf., ROMANO, 1898a, p. 5. Nesse sentido: “*A leggere certe trattazioni di diritto costituzionale, per più versi del resto ragguardevoli, parrebbe che gli elettori, p. es., o la Camera dei deputati siano organi non statuali, ma di un ente antitetico allo Stato, aventi lo scopo di difendere dagli attentati di quest’ultimo i diritti immaginari di un popolo immaginariamente innalzato a subbietto giuridico*”.

⁸⁵ *Id.*, loc. cit.

⁸⁶ *Ibid.*, p.8. No original: “*Nel campo del diritto pubblico deve sovrastare, assorbendo le altre che sorgono in antitesi ad essa, la personalità dello Stato. Solo quando questa non sarà più una frase di cui mal si riesce ad affermare il senso, ma un concetto giuridico concreto e capace di applicazioni, si avrà nello stesso tempo il punto di partenza e di arrivo di numerose altre indagini. Intanto a stabilire tale nozione è indispensabile uno studio attento di quegli organi che si sono chiamati costituzionali*”.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 6. Do original: “*Eppure adesso chi abbia per poco seguito lo sviluppo che, lentamente ma oramai trionfalmente, si è dato alla dommatica del diritto pubblico, non può fare a meno di riconoscere che, sempre dal punto di vista del diritto, è vano ricercare il rapporto fra gli organi che abbiamo menzionato ad un ente che, come il popolo, non ha giuridica esistenza se non nello Stato, e che invece essi debbono farsi rientrare nel grande edificio di quest’ultimo, studiandoli in connessione alla sua personalità e sovranità*”.

Além disso, muito embora reconheça a possibilidade de existência de determinados conceitos, particularmente para a política, deve, segundo assevera Romano, precipuamente quando do trato do direito constitucional, socorrer-se⁸⁸ sempre do princípio *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*⁸⁹, de forma a não dar corpo àquilo cuja existência não se vê sequer a sombra.

A também inobservância do princípio referido teria mantido nas sombras os juristas, e, mesmo os que dela tomaram consciência⁹⁰, não teriam se libertado da vacuidade teórica. Esta teria-lhes afetado ao se utilizarem, como elemento classificatório distintivo, da aferição da atuação do órgão em si; é dizer, seriam constitucionais, consoante contraditória teoria, “os órgãos imediatamente participantes da soberania e administrativos aqueles que dela participam tão somente de forma mediata”⁹¹.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 7.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 34. O jurista palermitano avoca, não de forma ingênua, a ‘*Novacula Occami*’ – premissa metodológica proposta por William of Ockham –, segundo a qual (em uma redução de todo simplista), desnecessárias seriam as suposições formuladas para além daquelas suficientes para explicar determinado fenômeno; deve-se, antes que não sejam úteis devem ser desconsiderados. A premissa, por certo, é apropriada por Romano de forma estreitamente correlacionada com a sua compreensão, então teorizada, acerca da ‘totalidade’ do Estado. *Vide*, então, a abordagem acerca do referido princípio: “*Ad esso viene a sostituirsi quell’altro metodo, apparentemente meno geniale, ma ben più rigoroso, che è merito indiscutibile dei giuristi tedeschi avere applicato, più che formulato [...] Entia non sunt multiplicanda, si è detto in principio del presente studio: e tale è lo scopo che viene raggiunto sostituendo lo Stato al posto dove altri vede degli enti giuridicamente irrilevanti. [...] Si riconosce allora che la rappresentanza politica è tutta, nessun organo escluso, rappresentanza di Stato*”.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 13-14.

⁹¹ *Id.*, *loc. cit.* Do original: “[...] egli ritenne costituzionali gli organi immediatamente partecipi della sovranità, amministrativi quelli che alla sovranità partecipano solo mediamente, derivando i loro poteri dai primi. Tale distinzione, che sostanzialmente è senza alcun dubbio vera, non sembra che così venga in tutto esattamente espressa”.

Não sem antes desconstruí-la⁹², utiliza-se Romano de constatação pertinente já anteriormente exposta por Jellinek⁹³ para, então, conformar senão a própria instituição do Estado. Se se lhe reconhece o mérito distintivo ao avocar que, enquanto integrantes do Estado, seria a Constituição que lhes possibilitaria, por força própria, o integrar a própria essência do Estado – e, portanto, todos os atos volitivos seriam imediatos –, se lhe aponta também a equívoca ausência de constatação do real. Conclui Romano que, muito embora justa, desconsidera a teoria germânica a existência de órgãos que, não obstante “recebam” da Constituição uma função de determinada natureza, não restariam excluídas por este mesmo órgão atuações outras de natureza as mais diversas⁹⁴.

⁹² Cf., *Ibid.*, p. 15 *et seq.* Nesse sentido, afirma: “*Tale spiegazione dunque non sembra accettabile, il Jellinek ne ha un'altra, cui conviene accennare. Secondo lui [...] La verità è che anche il criterio del Jellinek è sostanzialmente vero, in quanto che muove dall'osservazione di un fatto esistente però non viene ben valutato.*”

⁹³ Não obstante seja Jellinek objeto de análise em tópico específico do presente trabalho, v. 2.1.1, esclareça-se que, decorrente da unidade estatal e da força constitucional àquela inerente, que determina também a ‘participação’ no Estado, seriam, nesta condição, todos os atos volitivos imediatos, pois integrantes senão do próprio Estado. A distinção, portanto, entre participação mediata e imediata causaria senão um divórcio no Estado e, consequentemente, não satisfaria a filiação ‘órfã’ daí decorrente. Ademais, registra que a igualdade (no sentido de qualidade) das decisões de órgãos os mais diversos *e.g.* a decisão da Corte de Apelação e a do Ministério em última instância, refletiriam em qualidade os atos ou ordens do Monarca. *Vide* JELLINEK, 1892, p. 212 *et. seq.*, no original: “*Durch Rechtssätze wird aus natürlichem Willen staatlicher Wille gebildet. Die staatlichen Willen bildenden Menschen werden insoweit sie dies thun zu staatlichen Organen. Die staatliche Organschaft versorgenden Personen sind entweder unmittelbar kraft der Verfassung dazu berufen, indem diese durch gewisse juristische Thatsachen ipso iure Organstellung eintreten lässt oder sie werden zu Organen durch einen öffentlich-rechtlichen Auftrag, den sie von einem unmittelbaren Organ empfangen haben. Dadurch entsteht die Scheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Staatsorganen, eine Scheidung die aber nur der Organstellung der Individuen, nicht die Organschaft selbst trifft. Denn alle Staatswillensakte sind unmittelbare ; sofern sie überhaupt definitiv geworden sind, ist es gleichgültig, welches Organ sie geäußert hat. Das letztinstanzliche Urtheil eines Gerichtes und die inappellable Entscheidung eines Ministeriums stehen in ihrer Qualität als Willensakte dem Gesetze oder einem Befehle des Monarchen völlig gleich.*”

⁹⁴ ROMANO, 1898a, p. 19.

Assim:

Os órgãos constitucionais são, (e a frase não contém uma petição de princípio) os órgãos *institucionais* do Estado, isto é, aqueles que são necessários para individualizá-lo em um determinado momento histórico, que lhe atribuem efetiva existência e reduzi-lo de uma simplória abstração simples a um ente vital e capaz de continuar a organizar-se pelo desenvolvimento de seus fins.⁹⁵

De forma conciliatória, por conseguinte, esboça as premissas negativas para a construção teórica dos órgãos constitucionais cuja conclusão decorre, como assevera, da constatação do real. Aponta assim a existência de sistemas de distinção.

O primeiro, de fácil⁹⁶ assimilação e que decorre da afirmação da participação imediata ou mediata na soberania, consiste no sistema hierárquico⁹⁷, cuja percepção se verifica de forma clara simplesmente

⁹⁵ *Id.*, loc. cit. Do original: “*gli organi costituzionali sono, e la frase non sembri contenere una petizione di principio) gli organi istituzionali dello Stato; quelli cioè che sono necessari per individualizzare quest’ultimo in un dato momento storico, per dargli effettiva esistenza, per ridurlo da una astrazione semplice ad un ente vitale e capace di continuare ad organizzarsi pel raggiungimento dei suoi fini*”.

⁹⁶ Ilustrativa a forma com que Romano explicita a ausência de esforços cognitivos para tal constatação ao afirmar que “*ma è facile, anche ad esaminatore poco esperto, scorgere come alla sua formazione si sia proceduto con sistemi diversi che hanno lasciato un’impronta incancellabile sulla natura giuridica dei vari organi*.” Cf. *Ibid.*, p. 21.

⁹⁷ No particular referimento ao termo ‘hierarquia’, esclarecedora e pertinente a análise exposta por CAPPELINI, Paolo. **Storie di concetti giuridici**. Torino: Giappichelli, 2010, p. 151 e ss. Nesse sentido, pontualmente: “*Esso infatti etimologicamente è costituito da um composto di hierós ‘sacro’ e il tema di árkhō ‘comandare’, ‘essere a capo’; gerarcha, appunto dal greco tardo ‘sono a cappa delle funzioni sacre’, poi incrociato con G. anch’essa dal greco tardo hierarchía, astr. di hierarchikós, (Devoto). Dal canto suo hierós ha un’etimologia indoeuropea, ma il ruolo decisivo in relazione al senso è svolto dal sanscrito: la corrispondenza più importante, nonostante la difficoltà dell’accostamento, è con il ved. isirah, aggettivo che al di là delle varietà delle traduzioni, si ricollega alla nozione di ‘vigore’, ‘essere vivo, ardente, vigoroso’ (epiteto che si aggiunge al nome del vento; si ricordi poi anche il ‘soffio’ del biblico Spirito divino). Una trafila probabile, anche se non del tutto sicura, potrebbe dal punto di partenza*

quando diante da relação de subordinação a um superior. Afirma, assim, que a autoridade hierárquica, ainda que esteja no vértice da pirâmide e que participe de forma imediata da soberania, possui uma autoridade outra acima de si que lhe controla a participação no próprio órgão e que pode, portanto, regra geral, substituí-la. Tais órgãos não seriam, consequentemente, constitucionais.⁹⁸

O segundo sistema, que decorre das premissas anteriormente lançadas, é o referente ao conceito de autarquia⁹⁹. As autarquias, pessoas jurídicas dotadas de direitos subjetivos próprios, participam da

nel senso di 'forte' a 'pieno di forza per influsso divino' e di qui, secondariamente, a 'sacro'. [...] In particolare è san Tommaso che lega la definizione di G. con l'assunzione di un sacer principatus (hierarchia dicitur quasi sacer principatus a hieron, quod est sacrum, et archon, quo sets princeps): «Secondo quanto si è detto, una G. costituisce un unico principato, vale a dire una sola moltitudine ordinata con un solo regime, sotto il governo di un solo principe. Ora, una moltitudine non sarebbe ordinata, ma confusa, se in essa non vi fossero diversi ordini. E questa diversità di ordini si fonda sulla diversità degli uffici e delle attività. Del resto così avviene anche nella società civile (in una civitate), dove troviamo diversi ordini in base alle diverse attività [...] analogamente e anche in qualsiasi G. angelica gli ordini si distinguono secondo i diversi atti e funzioni (officia); e tutta codesta diversità si riduce ai tre gradi: supremo, medio e infimo [...]».

⁹⁸ ROMANO, 1898a, p. 21-22.

⁹⁹ Cf., ROMANO, Santi. **Corso di diritto amministrativo**: principii generali. 2 ed. Padova: CEDAM, 1932, p. 86-87. No original: “*La più importate categoria di soggetti ausiliari dello Stato è costituita da quelli che si dicono «autarchici». L'autarchia è una forma specifica della capacità di diritto pubblico: più concretamente, la capacità di governare da sé i propri interessi, nonostante che questi riguardino anche lo Stato. E si distingue dalla ordinaria capacità che ciascuna persona normalmente possiede di gestire da sé i propri affari, appunto perché si tratta di interessi ai quali non è estranea una persona superiore, lo Stato, a cui, in astratto potrebbero essere affidati, escludendo quella capacità. Di autarchia quindi si può parlare in riguardo ad un soggetto inferiore di fronte ad un altro preminente, e perciò non potrebbe dirsi ente autarchico lo Stato, pel suo diritto interno, giacchè esso, nella sfera del proprio ordinamento, non ha sopra di sé alcun soggetto. Siffatta qualità spetta invece ai soggetti ausiliari dello Stato, non però a tutti, ma solo a quelli che esercitano funzioni pubbliche per un interesse proprio che sia ugualmente pubblico, perché l'autarchia è capacità di diritto pubblico: non, per conseguenza, a coloro che esercitano funzioni pubbliche in qualità di privati, senza un interesse proprio, come nel caso che vi siano obbligati, o per un interesse privato, come è quello del lucro, per cui, ad es., una società commerciale talvolta assume la gestione di una funzione pubblica*”.

administração do Estado, entretanto, possuem finalidades próprias – que não se confundem com as do Estado enquanto pessoa jurídica distinta –. Portanto, enquanto não integram, de forma efetiva, a existência concreta para desenvolvimento dos fins próprios daquele, são pessoas outras que não o Estado¹⁰⁰.

Consequentemente, aos órgãos estatais cuja verificação dos sistemas acima transcritos não ocorra, pode-se lhes atribuir a definição de órgãos constitucionais; não constituem, portanto, personalidade jurídica¹⁰¹ nem tampouco possuem acima de si qualquer superior.

Importa, porém, salientar que os órgãos constitucionais não prescindem de qualquer controle na medida em que estão sujeitos ao controle jurisdicional¹⁰², ou seja:

Concluindo: constitucionais são aqueles órgãos aos quais é confiada a atividade direta do Estado e que gozam, nos limites do direito objetivo que lhes coordena de forma recíproca, mas que não os subordina a outro órgão, a independência recíproca [...].¹⁰³

Pontua de forma consciente, neste particular, em oposição à escola francesa¹⁰⁴, que pertenceriam à definição ora exposta apenas os órgãos cuja normalidade atribui a “representação legal do Estado e não as manifestações” que representam tão somente forças políticas e.g.

¹⁰⁰ Id., 1898a, p. 23-24

¹⁰¹ Cf., *Ibid.*, p. 45. No original: “*La differenza fra quelli che si chiamano corpo autarchici e i pubblici ufficii, nel diritto amministrativo, è precisamente questa: che i primi, al contrario dei secondi, sono subbietti di diritto*”.

¹⁰² Cf., *Ibid.*, p. 26. No original: “*Non resta dunque che applicare quel criterio di sottrazione cui si è un momento fa accennato, per venire alla conclusione; tutti quegli organi statuali cui non si può in alcun modo riferire il concetto di gerarchia né l'altro di autarchia, sono per l'appunto gli organi costituzionali*”.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 27. Do original: “*Concludendo: costituzionali sono quegli organi cui è affidata l'attività diretta dello Stato e che godono, nei limiti del diritto obbiettivo che li coordina fra loro, ma non li subordina l'uno all'altro, d'una completa indipendenza reciproca. [...]*”.

¹⁰⁴ Id., loc. cit. No original: “*L'opinione contraria, così comune nelle scuole francesi e, per riflesso, anche nelle italiane, muove da una considerazione che ha, senza dubbio, valore grandissimo nella scienza della politica, ma che rimane estranea a quella del diritto costituzionale*”.

associações, reuniões, imprensa, que, do ponto de vista do direito constitucional, nada representam.¹⁰⁵

Mesma sorte das “manifestações” de forças políticas seguem todas as demais que com elas se assemelham e que não possuem, destarte, personalidade jurídica, na medida em que não passam de abstrações fictícias cuja existência, por óbvio, não se pode verificar no direito. Essa compreensão afasta, de forma reflexa, a apreensão de alguns órgãos, sobretudo os de caráter acentuadamente político, a exemplo do Parlamento, como órgãos de representação popular, da nação, da sociedade, das minorias, etc.

Consoante assevera, observa-se a ‘representação’ “tão somente quando o representante é capaz de uma vontade diversa e contrária do representado”¹⁰⁶, motivo pelo qual também não há que se falar *e.g* ser o Parlamento representante do Estado porquanto impossível que a vontade legitimamente manifesta e juridicamente relevante seja contrária à do Estado.

Conforme premissa já lançada anteriormente, tem-se como elemento essencial do direito a correlação entre dois sujeitos de direito, o que permite ao jurista italiano afirmar que “se trata de um erro (e não há aqui paradoxo) falar-se de sociedade na medida em que esta, juridicamente, não existe”¹⁰⁷ e, logo, não há que se falar em representação que não a representação do Estado¹⁰⁸.

¹⁰⁵ *Id.*, loc. cit.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 44. Do original: “*Rappresentanza si ha quando il rappresentante à capace di una volontà diversa e se occorre contraria a quella del suo rappresentato; qualunque sforzo si faccia è invece impossibile immaginare che la volontà legittimamente manifestata, p.es. del Parlamento e giuridicamente rilevante sia contraria a quella dello Stato*”.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 31. Do original: “[...]e che si traduce in un grande errore, giacchè la Società (non sembri questo un paradosso) giuridicamente non esiste”.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 34. Em sentido similar, esclarecedora a afirmação de Jellinek de que não os órgãos constituiriam pessoas (jurídicas), senão os próprios indivíduos enquanto na atuação de suas esferas respectivas de competência. O povo, conforme restará esclarecido – *vide* 2.1.1 do presente trabalho – apresenta imprescindível importância para a teoria do Estado em Jellinek, o que explicaria esse ‘desvio de foco’ intencional. Entretanto, a correlação que se lhe atribui é precipuamente a de impossibilidade de representação entre pessoas que constituem uma só – a unidade estatal. No original: “*Staatsorgane als solche sind, wie bereits früher dargetan, nicht Persönlichkeiten, sondern physische Individuen, welche innerhalb der ihnen zukommenden Kompetenz den Staat selbst darstellen. Sie sind nicht Stellvertreter, denn das Verhältnis der*

Desta forma, também, segue o mesmo sestro a soberania¹⁰⁹ que não pode senão coincidir com o próprio Estado porquanto esta é, e de outra forma não se pode apresentar, um atributo/qualidade inerente à personalidade do Estado¹¹⁰.

Stellvertretung setzt zwei Personen, eine vertretene und eine vertretende voraus. Der Wille der Organträger ist innerhalb der ihm zugewiesenen Schranken kraft verfassungsmässiger oder gesetzlicher Normirung als Staatswille anzusehen. Es steht hinter den Organen keine andere Person, sondern sie sind der wollende Staat selbst. Der Staat kann nur durch das Medium von Organen walten; denkt man dir Organe hinweg, so ist auch die Vorstellung des Staates selbst verschwunden.” Cf. JELLINEK, 1892, p. 213.

¹⁰⁹ Nesse sentido, vide ROMANO, 1898a, p. 32-33: “Non già che sia inutile metterla in evidenza; ma deve sempre pensarsi che «essa non è un concetto autonomo». Sotto un certo punto di vista potrebbe essere inesatto dire che lo Stato è sovrano ed è persona, ma è esatto e conveniente, anzi necessario, dire che è persona sovrana; così non gli si attribuisce due volte una medesima qualità, ma gli si specifica meglio un suo attributo”.

¹¹⁰ Resta clara, e assaz interessante, o movimento de rejeição e, porém, aproximação teórica de Santi Romano com a escola alemã. Apesar de rejeitar, aqui de forma expressa a concepção de soberania (*der Herrscher*) exposta por Seydel e Lingg: “*Ne viene che il subbietto di quelli che comunemente vengono chiamati diritti statuali, non è lo Stato, che non è persona, ma il sovrano (der Herrscher). Lo Stato altro non è, secondo il Seydel, che l’obbietto del sovrano; secondo il Lingg, esso non è nè subbietto nè obbietto, ma un semplice rapporto. Per modo che, osserva esattamente il Preuss, il diritto pubblico sarebbe a sua volta o un diritto reale o un diritto d’obbligazione!*” Cf. ROMANO, 1898a, p. 37; É dizer, o Estado enquanto objeto do soberano e não, portanto, como sujeito de direitos – inobstante efetivamente ambos apresentarem-se com ‘personalidade’. Nesta perspectiva, não apenas Seydel teoriza também a soberania como inerente à personalidade, muito embora uma personalidade distinta, mas consoante a compreensão alemã, uma personalidade real e concreta, não ficta; crítica da qual aproximar-se-á Romano posteriormente. Cf., SEYDEL, Max von. **Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre**. Würzburg: A. Stuber’s Buchhandlung, 1873, p. 7-8, senão: “*Ein höchster Wille würde sich nun allerdings daraus ergeben können, dass sämtliche individuelle Willen übereinstimmen. Allein dies ist der menschlichen Natur nach nicht denkbar. Wäre dies der Fall, so brauchten die Menschen ihre Einigung im Staate nicht zu suchen, sie wäre schon da, der Staat wäre überflüssig. Es muss daher der höchste Wille anderweitig beschafft werden. Dieser Wille kann aber nur wieder ein menschlicher sein, da auf Erden das vernunftgemäss wollende Wesen der Mensch ist. Das Abstractum „Staat“ kann nicht wollen, sondern nur der concrete Staat beherrscht werden. Es muss also innerhalb desselben menschlichen Individuen die Macht beiwohnen, ihren Willen als den über die Gemeinschaft*

massgebenden zu setzen, es müssen menschliche Individuen über die Gemeinschaft herrschen. Wie viele Individuen das sind, ob eines oder ob mehrere, ist grundsätzlich gleichgiltig. Nur wiederholt sich bei einer Mehrzahl von herrschenden Personen dasselbe Verhältniss, welches sich schon bei der ganzen Gemeinschaft dargestellt hat: die individuelle Verschiedenheit des Wollens. Diese Verschiedenheit wird in naturgemässer Weise entweder dadurch beseitigt, dass der übereinstimmende Wille der Mehrheit als der Herrscherwille über die Gesamtheit gilt, oder dadurch, dass die verschieden wollenden Individuen (Mehrheit und Minderheit) auf dem Wege des Ausgleichs zu einem gemeinsamen Willen gelangen. Es ist sonach immer und allezeit der Herrscherwille ein Wille über den Staat, nicht ein Wille des Staates und in der Verkenntung dieses Verhältnisses liegt das Fehlerhafte des Bildes von der Staatspersönlichkeit". Porém, Seydel fornece ainda, quando das premissas de sua teorização, um elemento de crítica direcionado ao personalismo estatal e, neste ponto específico, ao criticar a posição de Gerber – o mesmo para o qual Romano lança severas críticas – corrobora a aproximação do jurista italiano: "*Aus jener verfehlten Anschauungs- und Sprechweise ist aber eine zweite Auffassung des Staates hervorgewachsen, die eine nicht minder unhaltbare ist, wie die vom Staate als Organismus. Es ist dies die Auffassung des Staates als Persönlichkeit, wie sie insbesondere von Gerber und Stein eifrig vertreten wird. Ja Gerber (Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts 2. Aufl. 1869 S. 2) behauptet geradezu, es sei die Voraussetzung jeder juristischen Construction des Staatsrechts, dass man den Staat als ein persönliches Wesen betrachte. Bei der Theorie vom Staatsorganismus wie bei der von der Staatspersönlichkeit handelt es sich um denselben Fehler: die Erhebung eines blossen Bildes, Vergleiches zum philosophisch- rechtswissenschaftlichen Grundsatzes, eines Bildes, das mit allen andern die Schattenseite gemeinsam hat, dem bezeichneten Gegenstande nicht nach jeder Richtung gerecht zu werden.*" (Ibid., p. 4-5), e conclui, portanto, em estreita relação acerca da compreensão unitária: "*La ist sonach ein logischer Fehler, den Staat als den Gegenstand der Herrschaft, mit dem Herrscher selbst zu verwechseln oder ihn gar mit Fröbel (Theorie der Politik, Wien 1861. I S. 109 f.) als etwas neben dem Herrscher und dem Volke selbständig Daseiendes zu bezeichnen, oder endlich — wie Stein thut — den Staat, als aus Gegenstand der Herrschaft (Staat) und Inhaber der Herrschaft bestehend, einheitlich zusammen zu fassen. Letzterer Gedanke findet sich übrigens schon bei Grotius de iure belli et pacis II, 9, 8: Imperium, quod in rege ut in capite, in populo manet ut in toto, cuius pars est caput. (Vgl. Brie, Legitimation einer usurpirten Staatsgewalt. Heidelberg 1866 S. 2). Er ist schon desshalb unrichtig, weil der Herrscher das die Einheit Bewirkende ist, also nicht selbst mit dem Staate die Einheit bilden kann. Wir kommen hier auf das Problem, dessen Lösung wir uns oben vorbehielten, als wir den Satz aufstellten, es könne die staatliche Einigung nur durch Beseitigung des die Menschen trennenden Elementes, der Verschiedenheit des individuellen Wollens, also durch Herstellung einer Willenseinheit erzielt werden.*" Cf. Ibid., p. 6.

A representação que não do próprio Estado e a soberania como elemento indissociável deste, para além de reafirmarem a totalidade e completude do Estado juridicamente compreendido, refletem também, de forma coerente, a justificação teórica da relação entre o Estado – considerado em sua totalidade como pessoa – e os órgãos constitucionais que lho representam.

Uma pessoa jurídica (o Estado) não pode agir senão por meio de órgãos. Se estes se concebem em torno do Estado como pessoas dotadas de direitos próprios, de finalidades próprias, sem quaisquer relações com o ente do qual fazem parte – integram -, destrói-se, de forma manifesta, a personalidade estatal, que não se pode conceber senão dotada de direitos que exercitados por si mesma e em seu próprio nome.¹¹¹

Portanto, os órgãos constitucionais enquanto representantes do Estado são, essencialmente, porquanto coincidentes as finalidades que perseguem e por serem desprovidos de personalidade própria, o próprio Estado. De forma tal, apresentam-se como elementos imprescindíveis para a “própria constituição e individualização do Estado sob pena de cessar aquilo que é: uma pessoa capaz, de vontade própria e que pode continuar enquanto superior, a organizar-se”¹¹².

A unidade e totalidade estatal é, novamente, reiterada ao postular que “sequer a pluralidade dos órgãos constitucionais contradiz o princípio da unidade volitiva estatal”¹¹³ que poderia apresentar, *a priori*, eventual

¹¹¹ ROMANO, 1898a, p. 43. Do original: “*Si aggiunga: una persona giuridica (e tale è lo Stato) non può agire se non per mezzo di organi. Se questi si concepiscono alla loro volta come persone dotate di diritti propri, di finalità propria, senza alcun riferimento all’ente di cui fanno parte viene manifestamente a distruggersi la personalità statale, che non si può concepire se non dotata di diritti che si esercitano da essa medesima, ed in nome suo*”.

¹¹² *Ibid.*, p. 45. Do original: “*Questi difatti sono necessari a costituire, a individualizzare lo Stato che, senza di essi, non esiste, dei primi invece può anche farsi a meno, senza che perciò lo Stato cessi di essere, quel che è, una persona capace di volontà propria, e che può continuare, come superiormente si è detto, ad organizzarsi*”.

¹¹³ *Ibid.*, p. 47. Do original: “*E nemmeno la pluralità degli organi contraddice al principio dell’unità della volontà statale. [È stato ben detto che l’unus homo prures sustinens personas trova qui applicazione rovesciato : prures homines unam personam sustinentes.]*”.

contradição, inclusive, quando de suas manifestações. É negar-se a realidade das coisas postular a possibilidade de concentração volitiva nas mãos de um só ente – Estado –, afinal, por mais singelo e pequeno que seja um Estado, de outra forma não pode manifestar-se senão unicamente através dos órgãos que se lhe integram.

Surgem, porém, sob pena de negar-se a realidade concreta, situações nas quais os órgãos do Estado, no exercício das funções que lhes são inerentes, opõem-se, de certa forma, entre si mesmos¹¹⁴.

Considerados, portanto, os órgãos como o próprio Estado, infere-se que o Estado coloca-se em oposição a si próprio – no que pertine à relação jurídica, o Estado constituiria os dois sujeitos da relação –, auto obrigando-se¹¹⁵, inclusive, e não poderia socorrer-se senão de si próprio para determinar o direito correspondente¹¹⁶.

Conquanto a absoluta perfeição e inexistência de conflitos pertenceriam ao Estado ideal, cuja existência concreta não se pode verificar¹¹⁷, Romano não apenas admite a existência dos conflitos, mas assimila-os à sua concatenação teórica. É dizer, ainda com as vestes soberanas¹¹⁸ – sem, porém, a tudo absorver – concilia os conflitos existentes com a visão totalizante do Estado. O que é feito, entretanto, sem incorrer o Estado na concepção anteriormente criticada da soberania consoante a compreensão germânica.

¹¹⁴ Cf. *Ibid.*, p. 61. Nesse sentido: “*Così essendo, ci pare che il mezzo più semplice sia quello di vedere una specificazione e quindi una possibile contrapposizione in ogni organo. Il Parlamento, la Corona, il Gabinetto e così via hanno proprie competenze: ciò vuol dire che lo Stato, per mezzo di essi, raggiunge altrettanti scopi distinti: intanto l'organo esiste in quanto deve esplicitare una funzione e alla sua volta lo Stato non può contrapporsi a se stesso se non mediante due organi*”.

¹¹⁵ Cf. *Ibid.*, p. 54.

¹¹⁶ Vide *Ibid.*, p. 55. Apõe, ao refutar pontualmente a teoria de Mayer sobre a auto-vinculação que: “*Evidentemente ritorniamo all'autobbligazione, che pur si voleva combattere: essa invece è stata semplicemente spiegata e confermata con argomenti di dubbia opportunità*”.

¹¹⁷ Cf. *Ibid.*, p. 49. Esclarece que: “*Il diritto dello stato è sempre opera umana e non può conseguire un'assoluta perfezione. Allo Stato ideale non corrispondono certamente i conflitti di competenza e simili fenomeni [...]*”.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 56. Esclarecedor o teor original: “*Se la sovranità difatti si concepisce illimitata, manca la possibilità di ammettere un rapporto giuridico fra lo Stato e il suddito, in quanto che, non essendovi diritti senza limite, la sovranità medesima sarebbe esplicazione di pura forza. [...] lo Stato, nonostante che sia una personalità unica, può contrapporre e di fatto si contrappone a sé stesso*”.

De forma senão genial, inovadora, não apenas utiliza os elementos germânicos que critica, mas se lhes nega a substância teórica de forma a criar o que vem a denominar *sdoppiamento*¹¹⁹ (desvio de personalidade) da personalidade jurídica senão do próprio Estado¹²⁰.

O denominado *sdoppiamento*, desenvolvimento secular do direito romano, permitiria justificar, assim, as distintas finalidades para as quais concorre o Estado e, nessa perspectiva, seus mais diversos órgãos, ainda que de forma distinta daquele a quem pertencem.

Ou seja, observa-se o pressuposto de que cada pessoa jurídica é um ente teleológico e, nessa medida, em nada restaria contraditória a perseguição, excepcional e especial, de um feixe maior de fins a serem perseguidos por uma mesma pessoa¹²¹ – neste caso, por meio dos seus órgãos.

¹¹⁹ Importa registrar a utilização do termo original, relacionado à fenômenos psicológicos, por assim dizer, na medida em que estreitamente correlacionado com a conceituação proposta pelo autor, de todo não ingênua. Nesse sentido: “*sdoppiamento* – n.m. lo sdopiare, lo sdoppiarsi. **sdoppiamento della personalità n. (psicol.) il compartire, in una persona, di atteggiamenti e comportamenti contrastanti fra loro.*” Cf., PATOTA, Giuseppe (dir. Scientifica). **I Garzantini Dizionario Italiano**. ed. aggiornata. Milano: Garzanti Linguistica, 2015.

¹²⁰ ROMANO, op. cit., p. 61-62. Ilustrativo: “[...] lo Stato, in quanto si propone uno scopo ed è dotato di una competenza, può venire in rapporto giuridico con sé medesimo, o meglio, con lo Stato, in quanto si propone un altro scopo ed è dotato di altra competenza. Le frasi comunemente usate, secondo le quali il parlamento, p.es. autorizzerrebbe il Gabinetto a compiere un atto, e gli delegherebbe un potere e così via sono espressioni abbreviate che debbono intendersi nel senso che il rapporto cui si accenna si svolge fra lo Stato-Parlamento e lo Stato-Gabinetto. Gli organi, in genere, e costituzionali in specie, non sono persone; lo Stato è persona unica, ma molteplice nel senso che si è detto. È questo l’unico modo con cui la scienza giuridica può risolvere e spiegare ciò che altrimenti o vieni erroneamente concepito o resta un enigma indecifrabile”.

¹²¹ Cf. ROMANO, Santi. **I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative**. Milano: Società editrice libraria, 1900, p. 5 et seq. No original: “Un subbietto, qualunque sia, deve sempre esistere: nei casi in cui di diritto puramente e semplicemente obbiettivo si crede di poter parlare, esso è lo Stato. E se si pensa che la personalità di quest’ultimo – come di altre persone giuridiche – è, per quanto unica, così complessa che può apparire sotto diverse figure, nel senso che è suscettibile di distinzioni, sdoppiamenti e contrapposizioni, non si avrà difficoltà ad ammettere che nei conflitti su ha che lo Stato, in quanto si propone uno scopo ed è rivestito di una competenza, viene in contrasto con sé

Considerado, assim: (I) a anterior classificação acerca dos sistemas de distinção – inexistência de hierarquia entre os órgãos; (II) a não necessária existência de um dever a ser adimplido pelo órgão específico em relação ao Estado; (III) contrário *sensu*, a não possibilidade de imposição, por ausência do direito ‘correspondente’ por parte do Estado – em relação ao órgão –, propõe o jurista palermitano que a relação entre o Estado e os seus próprios órgãos seria de natureza reflexiva¹²². Refletem, então, a finalidade precípua e a personalidade do Estado.

Tal qual aos órgãos, seguiriam as pessoas físicas que constituem os órgãos constitucionais e realizam, no concreto, os atos necessários e inerentes à composição mesma do órgão; fazem-no senão em nome do Estado.

Disso decorre, arrogada a premissa caracterizadora do direito público, que a relação jurídica estabelecida entre as pessoas físicas e o Estado deve, portanto, ser justificada também sob o prisma do direito público. Refuta, assim, por consequência lógica, o instituto do direito privado ao afirmar que seria inexato inferir restar a pessoa física “a serviço do Estado”, na medida em que inerente àquela a relação meramente contratual¹²³.

Observado o cerne fundamental de todo o embaraço cognitivo, é dizer, a incompreensão distintiva entre direito privado e direito público, Romano sintetiza os elementos até então expostos para, conclusivamente,

medesimo in quanto si propone un altro scopo ed è dotato di altra competenza. Si tratta di un rapporto che potrà dirsi riflessivo in quanto si svolge nella sfera di una sola personalità, ma che, come tutti i rapporti giuridici presuppone l'esistenza di diritti subbiettivi. [...] Tutta una serie di istituzioni debbono tendere a che fra le volontà da questi organi manifestate si stabilisca la maggiore armonia possibile, in modo che ciascuna si accordi con le altre e concorra a fermare l'unica volontà dello Stato. Senonchè questa perfetta ed assoluta fusione può essere in linea di fatto garantita fino ad un certo punto: i conflitti di volontà e quindi di competenza fra i diversi organi statuali possono comporsi, ma è inevitabile che nascano. È per l'appunto nel conflitto che viene specialmente in luce il principio che la personalità dello Stato è una unità non semplice, ma complessa o composta che dir si voglia, la quale si afferma, non solo nei rapporti con altre persone, ma nei rapporti con sé medesima, il che significa che le sue pretese e i suoi poteri debbono in tal senso qualificarsi come veri e propri diritti subbiettivi”.

¹²² *Id.*, 1898a, p. 60. No original: “Volendo poi designare con un termine tecnico rapporti, di tale natura proporremmo quello, che ci sembra abbastanza chiaro ed efficace, di «rapporti giuridici riflessivi”.

¹²³ *Ibid.*, p. 78.

definir o termo justo que corresponda à correta relação entre pessoas físicas e o Estado.

Desconstrói, para tanto, não apenas a perspectiva única da bilateralidade na seara privada¹²⁴ mas também a definição do termo “mandato”, utilizado sobretudo para as pessoas físicas cuja atuação se verifica no Parlamento – ambas tomadas do direito privado –, no caso, por meio do voto¹²⁵. Este último restaria impossível por impropriedade congênita¹²⁶, pois “um mandato que não seja revogável, não seja imperativo, que não implique, normalmente, nenhuma responsabilização e que não seja [por outorga] delimitado é qualquer outra coisa que não um mandato”¹²⁷.

A bilateralidade olvida, por assim dizer, a existência do direito objetivo que determina e conforma, também, a estrutura do Estado. Nesse sentido, haveria a existência de relações que, muito embora decorram de ato unilateral (quando da emanção, pois este também vincula) projetam-

¹²⁴ *Ibid.*, p. 76.

¹²⁵ Muito embora apresente-se sobremaneira simplória a crítica, ela esboça a perspicácia intuitiva de Romano ao desconstruir elementos que esta mesma aparente simplicidade ocultam. Essa crítica deve ser compreendida em assimilação com uma anterior, cujo foco seria a própria representação. Restaria calcada, assim, a ideia da escolha dos membros do Parlamento sobre duas meras abstrações, ficções jurídicas, pois, se de um lado é verdade que o povo não possui personalidade jurídica para fazer-se representar, também é verdade, por outro lado, que o Parlamento enquanto componente integrante do Estado tão somente lho representaria, é dizer agiria ‘em nome de’; ainda mais distante, portanto, a teoria do mandato na medida em que um não sujeito de direito ‘transmitiria’ (admitindo-se a transmissão de poderes por quem não os têm ou não os pode transmitir, em tendo-os) por meio do instrumento incorreto (mandato representativo) poderes que não possui para um corpo cuja atuação é vinculada à pessoa outra, é dizer, ao próprio Estado. Nesse sentido, elucidativa a proposição exposta por Romano: “*Il vero si è che a nessuno degli organi costituzionale viene affidata la rappresentanza statuale per mezzo di un negozio giuridico che, anche lontanamente, possa rassomigliarsi ad un mandato, a meno che non si voglia ricorrere, non sappiamo con quanta utilità, al ripiego inutile della fictio iuris, la quale avrebbe solo il vantaggio di negare con risultati contrari a quelli che si propone, che la realtà delle cose coincide con la teoria.*” Vide *Ibid.*, p. 73.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 72.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 73. Do original: “*Un mandato che non è revocabile né imperativo, che non implica normalmente nessuna responsabilità e che non ha limiti, non è un mandato, ma qualche cosa d’altro come adesso vedremo*”.

se, enquanto relação, de forma bilateral, é dizer, criando uma relação jurídica entre duas pessoas, afinal, prescindem do consenso¹²⁸.

Ou seja, trata-se tão somente de transposição, sempre indevida, de institutos teorizados no e para o direito privado que, por este motivo mesmo, incorreriam no erro primeiro de pretender ajustar a realidade à teoria, logo, sempre arbitrária e ficta.

A contradição é finda quando, considerada a totalidade estatal, e, particularmente, o direito de supremacia, compreende-se que tanto os órgãos como as pessoas físicas agem no/pelo Estado porquanto buscam a finalidade deste último. Suas ações seriam, assim, posto que individuais e jurídicas, delimitadas por definição; restariam sempre de eficácia subordinada ao consenso daquele a quem restam diretamente vinculadas e, portanto, a natureza jurídica desta relação seria outra que não a mera nomeação, por meio da qual não se transmitem contratualmente poderes, mas tão somente uma “*designazione di capacità*”¹²⁹.

1.2 O ESTADO MODERNO E A SUA CRISE

É, certamente, a constatação da não correspondência do Estado teórico com a realidade prática de sua atuação/finalidade senão o maior, um dos maiores elementos de remissão ao pensamento do jurista italiano. Não obstante tenham sido já anteriormente lançados elementos outros cuja profundidade crítica se lhe pode caracterizar, primordial apresentase o discurso inaugural do ano acadêmico realizado aos 4 de Novembro de 1909 na Universidade de Pisa, momento em que lança o ensaio intitulado *Lo Stato moderno e la sua crisi*¹³⁰.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 76.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 78-79. No original: “*Resta così definita la natura giuridica di tutti quanti gli atti con cui determinate persone vengono assunte a funzioni costituzionali: essi sono dei semplici atti di nomina. Anche la così detta elezione popolare assume tale carattere: essa fu esattamente qualificata una «designazione di capacità» che non importa alcuna trasmissione contrattuale di poteri. Tale designazione è implicita in ogni nomina e sarà quindi più breve e forse più chiaro usare quest’ultima espressione, che del resto colpisce meglio l’essenza giuridica dell’atto, laddove la parola «designazione di capacità,» più che l’atto medesimo designerebbero la ragione che lo determina o, meglio, il procedimento con cui vi si giunge*”.

¹³⁰ Cf. *Id.*, 1909.

Conquanto consideradas algumas das críticas anteriores já lançadas pelo jurista palermitano, especialmente quanto a abstração do poder do Estado – não obstante teorizar Romano o Estado-pessoa e o poder a este inerente como elemento natural –, é, de forma efetiva, no ensaio acima mencionado que são concatenados e aprimorados os elementos críticos que lançam, de forma inovadora, o pensamento do jurista italiano.

Ainda assim impende registrar outros dois ensaios nos quais, coligados com esse primeiro, é apresentada uma análise mais ampla e também concentrada da referida crise: o discurso inaugural do ano acadêmico de 1906/1907 proferido na Universidade de Modena ‘*Le prime Carte costituzionale*’¹³¹ e o posterior – cronológico, apenas – discurso inaugural do ano acadêmico de 1917/1918 proferido no *Istituto di Scienze Sociali Cesare Alfieri* intitulado ‘*Oltre lo Stato*’¹³².

Analisados de forma conjunta, os três ensaios fornecem, de forma mais ou menos completa, a constatação da não correspondência do poder do Estado com a realidade fática concreta; lançam, ainda, (no sentido mais explícito) os elementos que fundamentam o ulterior institucionalismo jurídico – marco também remissivo ao jurista palermitano que será posteriormente¹³³ esclarecido.

Acerca das primeiras cartas constitucionais apresenta-as – o que reflete a sua compreensão histórica (*avvenire*)¹³⁴ – e a consequente

¹³¹ Cf., *Id.*, 1931. p. 36-50.

¹³² Cf. ROMANO, Santi. **Oltre Lo Stato**. Italia: s/n., 1918. Há ainda, para além da publicação extraída da Revista de Direito Público em exemplar único constante do acervo da *Università Degli Studi di Firenze, Biblioteca di Scienze sociali – Magazzino* –, uma versão outra publicada quando da organização dos ensaios inaugurais e discursos acadêmicos; para este último *vide. Id.*, 1931, p. 87-100.

¹³³ Reservou-se abordagem específica para o institucionalismo, para tanto, *vide* 1.3 do presente trabalho.

¹³⁴ *Id.*, 1931, p. 39. No original “*L’idea di costringere in una breve serie di articoli, da compilarli di getto e da promulgarsi in un giorno, le supreme norme che regolano la vita statuale, l’ordinamento dei pubblici poteri, le garanzie delle libertà, non può certo sorgere con pratica efficacia quando un popolo ha l’inapprezzabile fortuna di trarre tali norme dalla sua storia e dalle sue tradizioni, il che vuol dire da tutte le facoltà, che abbiano avuto modo di equilibrarsi e di temprarsi, della sua stessa anima. Le fonti allora del diritto pubblico, sono quali normalmente debbono essere: varie e complicate, disperse in una quantità di testi e documento, formatisi in tempi diversi, senza un sistema prestabilito, ma tenuti insieme col saldo cemento del loro comune carattere,*

tentativa, forjada, de sistematizar, de fazer refletir, o texto então constitucional o sistema sobretudo político de um determinado povo; consequentemente, a base de fundamentação pretendida pelos Estados.

Nesse sentido, reitere-se que a compreensão da conformação política/jurídica expressa por Romano reflete a conformação histórica concreta de um povo, suas ‘instituições’ situadas no tempo como origem e consequência do processo histórico de formação devidamente situado – a denominada maturidade¹³⁵ que deve ser, caso a caso, respeitada¹³⁶.

Antecipação esta elaborada por Romano que influencia sobremaneira não apenas a teorização – também crítica – do então constitucionalismo, mas que reverbera e acaba por tornar-se elemento

perenne e genuina emanazione dello spirito nazionale, da cui sono stati elaborati. Solo quando un popolo è costretto a romperla con la sua storia e non trova più nel passato la guida sicura per l'avvenire, quando occorre che improvvisi in un'ora di fermento ciò che, di solito, è e dev'essere opera di secoli, esso si trova nella necessità di affidarsi alle incertezze e all'arbitrio, se non al capriccio del razionalismo, di supplire con l'arte e, più spesso, con l'artificio ciò cui dovrebbe provvedere un lungo e involontario processo naturale. Siffatta necessità può manifestarsi nella formazione di un nuovo Stato o nella instaurazione di un nuovo Governo, dopo una crisi aperta o latente. Le carte costituzionali non hanno, di regola, altra origine; e ciò spiega come esse, specie nelle prime formulazioni, si risentano di tutte le indeterminatezze, le deficienze, le ridondanze, le ingenuità, le declamazioni rettoriche, [sic] che caratterizzano l'infanzia degli organismi politici”.

¹³⁵ Cf., *Ibid.*, p. 40. Senão veja-se: “*Che se neppure essi riuscirono ad evitare i difetti cui si è accennato, ciò dimostra che il senno degli uomini non basta per dare di un tratto ad un ordinamento quella maturità, che solo il tempo, gli eventi, le proprie intime leggi di sviluppo possono conferirgli.*” Veja-se ainda a utilização próxima dos termos quando, ao expor Romano o *sdoppiamento* da personalidade do Estado, consoante apontado anteriormente, deixa ali também implícita a ideia de ‘maturidade’ – no caso anterior, a maturidade também psicológica que acompanharia o Estado e, assim, afastaria gradualmente os desvios de conduta.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 38. No original: “*Il buon seme della pianta, oramai tante volte secolare, non vi era stato gettato da alcuno e della sua esistenza alcuno mai non si era accorto, avanti che ben assodate fossero le radici e promettenti i primi frutti. Rami e foglie spuntarono e spuntano, tanto più robusti e verdi quanto più lentamente e spontaneamente, senza deformazioni di artificiosi innesti, e nessuna mano di presuntuoso agricoltore ha neppure osato di toccare quelli che, dopo tanto tempo, in altri paesi, si sarebbero giudicati già avvizziti o morti e impazientemente recisi. Essi hanno certo risentito la furia delle tempeste e lo schianto dei fulmini, le forze naturali avverse come quelle favorevoli, ma non per fortuna, tranne che in minima parte, la piccoletta opera umana, che si dice razionale ed è non di rado perturbatrice*”.

caracterizador da escola italiana – *fiorentina*¹³⁷. É esta, efetivamente, que propala insistentemente o reducionismo jacobino e o olvidar a realidade jurídica espontânea comprimida à força nas prescrições ‘escritas’.

É, de certa forma, a inicial crítica às cartas constitucionais, enquanto falência do direito/Estado¹³⁸, assimilada à ulterior crítica à (também) ruína do Estado no concreto, plano fático, que coroam, de forma bem acabada, a identificação da ‘crise do Estado moderno’ ao jurista palermitano.

A grande dispersão dos textos constitucionais ingleses associado à índole daquele povo é uma das causas da estabilidade do ordenamento jurídico inglês. Exatamente as instituições dos países mais vulneráveis ao fermentar e de todo tormentosos ao

¹³⁷ Muito embora não se limite a esta pontual aplicação, visto que a influência de Romano conforma sobremaneira a escola *fiorentina*, notadamente Paolo Grossi, cujas obras tocam, de forma inafastável, o pensamento romaniano e refletem, por assim dizer, a constância do pensamento do jurista palermitano cuja atualidade é reiteradamente revivida. Assaz elucidativa, nesta perspectiva, o discurso proferido no *Palazzo dei Congressi* em Pisa, aos 11 de outubro de 2010. No original: “*Il momento attuale è particolarmente difficile per la istituzione universitaria e, giustamente, voi studenti – insieme ai docenti e ai ricercatori – alzate la vostra voce chiedendo riforme idonee e finanziamenti adeguati per quell’Università che è l’indispensabile valvola respiratoria della intera società civile. La crisi politica ed economica che ci attanaglia potrebbe generare scoramenti, inerzie, fughe. Cerchiamo di carpire dal messaggio romaniano un invito meritevole di essere raccolto anche da noi: che la nostra osservazione critica del presente non degeneri mai in scetticismo (o, peggio ancora, in nichilismo); che si interpreti questo nostro tempo di crisi come stagione favorevole per una trasformazione della società e dello Stato; che non si abdichi mai, malgrado le difficoltà in cui siamo immersi, alla virtù grande della speranza e al coraggio di costruire, atteggiamenti che si addicono a voi giovani, personaggi naturalmente proiettati nel futuro. È l’unico modo di corrispondere a quella etica della responsabilità, alla quale siamo tutti chiamati.*”, vide GROSSI, 2012, p. 65.

¹³⁸ Cf., ROMANO, 1897, p. 39-40. Nesse sentido: “*E basta guardare un poco all’indole, alla natura, alla definizione stessa dello Stato, per trarne la assai ovvia conseguenza che esso anzitutto ha il diritto all’obbedienza delle persone che gli sono sottoposte. Tale diritto, che tutti gli altri comprende ed assorbe, è il presupposto necessario, la condizione indispensabile dell’esistenza dello Stato medesimo, del suo, per dir così, funzionamento. Esso che, in altri termini, è il diritto di sovranità, è così implicito nell’idea di Stato che a taluno è sembrato perfino inutile il metterlo in evidenza e farne obbietto di una speciale teorica.*”.

desejo do novo, quis o destino que suas instituições restassem apegadas à fragilidade de um texto único. Bem se observou, que publicar e sujeitar/submeter à mão de todos uma carta constitucional – como uma obra de arte e um trabalho no gesso – significa quase como instaurar um concurso perpétuo àquele que melhor sabe modelar. E não apenas porque a perfeição nas referidas cartas resta ainda mais impossível de ser alcançada do que nas demais obras humanas [...].¹³⁹

Infere-se, quando da crítica à adesão pelos Estados das denominadas cartas constitucionais¹⁴⁰, para além da discordância ao

¹³⁹ *Id.*, 1931, p. 42-43. Do original: “*La grande dispersioni dei testi costituzionali inglesi è, insieme all'indole di quel popolo, una delle cause della stabilità del loro ordinamento, laddove il destino ha voluto che proprio le istituzioni dei paesi più facili al fermento e più tormentati dal desiderio del nuovo rimanessero affidate alla fragilità di un unico testo. Bene è stato osservato, che pubblicare e mettere nelle mani di tutti, come un'opera d'arte e un lavoro di getto, una carta costituzionale, significa quasi aprire un concorso perpetuo a chi saprà far meglio. E non solo perchè la perfezione in simili carte è ancora più impossibile a raggiungersi che in altre opere umane, [ma anche perchè ogni regime è necessità che lasci una quantità di malcontenti, non soddisfatti a tutti gli interessi, non faccia posto a tutte le forze politiche spesso contrarie, si avrà l'inconveniente di offrire un punto tanto più preciso e determinato quanto più semplice e ristretto, contro cui convergeranno da ogni parte le attività avverse alla costituzione. Questa è in vece un bersaglio, che, meno frequentemente si colpisce non a proposito quando la prospettiva del suo insieme non si lascia cogliere se non da coloro che hanno a ciò una conveniente preparazione e un'adeguata attitudine. Anche quando un punto di essa rimane vulnerato, gli altri resistono alla breccia, perchè ciascuno ha propri appoggi e propri difese, laddove le singole disposizioni delle carte costituzionali son come tenute assieme da un unico filo e vanno inevitabilmente disperse se questo si rompe: romperlo intanto è quasi una necessità, sol che si voglia modificare o sostituire una di quelle disposizioni. La resistenza che esse oppongono è quella di un forte che rimane preso sol che si riesca a penetrarvi; la resistenza in vece di un ordinamento a tipo inglese è quella lunga e continuata delle barricate, che debbono espugnarsi ad una ad una]*”.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 43-44. No original: “*Ben è vero che quando le prime carte furono emanate, era opinione comune che la solennità delle forme di cui si rivestivano e la consacrazione in un documento scritto delle forme di cui si rivestivano e la consacrazione in un documento scritto dei principii che contenevano dovessero servire ad accrescere la loro stabilità; che, appunto per tale motivo, esse erano differenziate dalle leggi comuni, rispetto alle quali si ritenevano sacre e intangibili; che tutta una serie di freni e di garanzie si esercitavano per rendere*

modelo restritivo de compreensão do direito como fenômeno social – então na tentativa de engessar o farto plano consuetudinário e da imposição descabida¹⁴¹ desta lógica aos Estados/povos cuja maturidade prescinde de elementos normativos escritos –, uma preocupação, especialmente, com a manutenção do ordenamento jurídico de um determinado Estado como um todo.

É, precipuamente, aos juristas franceses, seguidos dos estadunidenses, que é atribuído por Romano o desmérito desse movimento. Mas àqueles o é atribuído ainda de, afetados pela influência jacobina, servirem de modelo para os demais Estados enquanto conformação do movimento constitucional. Segundo Romano, essa falha floresce da pretensão em transpor¹⁴² o sistema constitucional inglês¹⁴³,

più ponderate le loro modificazioni, quando non si proclamava a dirittura la loro assoluta immutabilità. Ma a chi sottilmente consideri non sfuggirà il rilievo che, mentre il principio delle costituzioni rigide si è andato mano mano, e nella teoria e nella pratica, attenuando e talvolta, come in Italia, è quasi svanito, esso, così com'era posto a base delle prime carte, riusciva ad uno scopo diametralmente opposto a quello cui mirava. È da ricordarsi in fatti che, secondo le vedute di allora, la costituzione, mentre involgeva, nella rete, in vero non troppo fitta, delle sue maglie, gli organi dello Stato, circoscrivendo e limitando i loro poteri, non vincolava la totalità o la maggioranza del popolo, se non come un contratto, che può sempre sciogliersi e rinnovarsi quando i contraenti a ciò consentano”.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 46. No original: “Frutto di un'incredibile inesperienza politica e di una fede cieca nella forza naturale delle idee cui s'informavano, esse muovevano dal presupposto che queste idee bastasse enunciarle e scriverle, perché s'imponessero da sé. Non solo non si avvertiva la mancanza di ogni corrispondenza con lo stadio di civiltà in cui dovevano trovare applicazione, con i bisogni effettivi, con i caratteri più fondamentali e più indefettibili della gran maggioranza degli uomini di ogni tempo e di ogni luogo, ma nulla si faceva per scendere in terra dal regno delle nuvole o dalle fantasmagoriche regioni dei sogni. Com'è naturale, le costituzioni posteriori si sono mano mano liberate da un tale ingombro, più dannoso che inutile, di vuoto dottrinarismo, da cui non furono immuni le prime carte americane, ma che rese così caratteristiche le francesi”.

¹⁴² Cf., ROMANO, 1909, *passim*.

¹⁴³ ROMANO, 1909, p. 24 *et seq.* Esclareça-se: “Appunto per tale motivo, a completare l'edificio dello Stato moderno, in parte si ricorse all'adozione di istituti stranieri, nella credenza di poter trapiantare o imitare il diritto pubblico inglese, in parte si ricorse al fragile sostegno di quei principii dottrinari, che apparivano allora assiomi della più indiscutibile ragion naturale. [...] Forse non è inutile ricordare che la rappresentanza politica nacque ed acquistò la sua fisionomia caratteristica in Inghilterra, [...]. Senonchè, trasportati in un diverso

cuja consolidação e sedimentação históricas encontram-se, enquanto elemento decorrente da espontaneidade daquele povo específico, profundamente ‘enraizadas’ naquele próprio sistema normativo. A falida pretensão teórica, já objeto de crítica por Romano, é objeto, agora, de constatação fática, é dizer, do Estado no concreto, no plano fático¹⁴⁴.

1.2.1 A crítica à pretensão totalizante: O Briareo poético

Impende inicialmente esclarecer que, não obstante lance, de forma direta, uma crítica à pretensão totalizante do Estado, conforme demonstrar-se-á adiante, não se vislumbra, de forma imediata, aparente contradição com o Estado anteriormente esboçado pelo jurista palermitano – quando da sua premissa conceitual à compreensão do Estado como ente total –. Ou seja, afirmar tratar-se o Estado de ente que

clima politico, i suoi caratteri, prima così decisi, si sono scoloriti e quasi cancellati”. Neste mesmo sentido, de forma mais profunda e específica acerca das diversas “apropriações” pretendidas a partir do sistema inglês, cf. FIORAVANTI, 1999, p. 143-144. Esclarecedor: “*Così il cerchio si chiude. E la negazione, tipicamente inglese, del potere costituente appare in tutta evidenza funzionale a mantenere viva l'immagine tradizionale del parlamento inglese come luogo istituzionale di rappresentazione della comunità politica, legittimato dalla storia, dalla lunga pratica costituzionale iniziata in piena età medievale, e non certo da alcuno specifico principio democratico. Un parlamento che sia dunque concretamente aderente alla realtà della comunità politica nelle sue diverse articolazioni, e proprio per questo lontano da ogni metafisica rivoluzionaria, da ogni pretesa di rappresentare il popolo sovrano, e di governare, in suo nome, l'intero spazio della società civile*”.

¹⁴⁴ ROMANO, *op. cit.*, p.4. Esclarecedora, nesse sentido: “*Eppure anche tali fenomeni sono governati da leggi, a capo delle quali sta quella, per cui il diritto e la costituzione di un popolo rappresentano sempre il genuino prodotto della sua vita e della sua intima natura. Formulava, com’è noto, tale legge il fondatore della scuola storica del diritto, proprio nel tempo in cui, dall’improvviso sovvertimento di tutti i rapporti politici e dal formidabile urto, che aveva mandato in frantumi un mondo intero, sorgeva, come divolto dal passato, quasi come creazione ex nihilo, lo Stato moderno. Lo schianto violento della rivoluzione francese e i suoi contraccolpi avevano distrutto istituzioni, che, senza dubbio, erano state elaborate dallo spirito secolare delle varie nazioni, e le istituzioni nuove, che sorgevano sulle loro rovine, sembravano piuttosto chiamate a vita dalla bacchetta magica di capricciosi legislatori, sotto gli auspicii e i dettami della dea ragione, che, a prima vista, avrebbe potuto meritare meglio il nome, grazie ai poeti non meno divino, di fantasia*”.

deve ser compreendido senão em sua totalidade, no sentido de albergar seus órgãos, pessoas e entes menores, implica a compreensão conjunta da finalidade precípua do Estado e, conseqüentemente, da atuação destes entes em concomitância com aquela totalidade primeira.

Em sentido contrário, a crítica à pretensão totalizante do Estado lançada por Romano, desta feita, em continuidade à crítica ao reducionismo pretendido/produzido pelas cartas constitucionais – escritas – alcança o esfacelamento, pelo Estado moderno, de todos os corpos intermediários e/ou entes menores também para além do Estado, é dizer, que possuem atuação/finalidade distintas deste último.

São, nesse sentido, erigidas duas matrizes críticas pelo jurista: (I) a constante e crescente pretensão totalizante do Estado enquanto elemento de esfacelamento das realidades menores – que acompanha a conformação centralizadora do Estado; (II) a teorização jurídica de/para o Estado enquanto elemento produtor, único legítimo, por assim dizer, do direito, é dizer, a produção legislativa e o não reconhecimento do direito que não o positivismo¹⁴⁵ estatalista.

Vislumbra o nascedouro deste Estado totalizante – Estado moderno – quando do esfacelamento da realidade medieval¹⁴⁶ poliarquica, não unitária – é dizer, plural social e juridicamente –, e a consequente ascensão do então denominado Estado de Polícia. É,

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 11. No original: “*Poiché avviene spesso che il giurista anche esperto, che si propone di descrivere soltanto il diritto positivo qualunque esso sia, vede le istituzioni, attraverso il prisma, che le deforma, del fermento di idee e di energie che premono su di esse*”.

¹⁴⁶ Esclarecedor, nesse sentido: “*Le origini di un assetto qualificabile come feudale risalgono alle origini stesse della civiltà medievale ed hanno un motore primo nel modo in cui – nella nascente esperienza – venne a conformarsi il potere politico. Ripetiamo qui, con opportune integrazioni, indicazioni già offerte: un assetto politico-giuridico caratterizzato dalla impotenza del potere centrale e dalla sua incapacità a dare effettività ai proprii voleri, dalla crescente influenza di poteri altri e periferici sia per occupazione di fatto sia per delega formale dall'alto. Tra questi poteri altri spicca quello economico, il cui titolare, come titolare dell'unica forza veramente decisiva, diviene gradualmente, in un processo lentissimo, il giudice naturale sulle proprie terre, l'esercitore della funzione di difesa militare, l'esattore delle imposte. Mai come in questo momento storico si perde la percezione di una distinzione tra 'privato' e 'pubblico'. A loro volta, molti titolari di potere periferico erano di fatto costretti a delegare a presenze più immediate sul territorio. E si esasperò il frazionismo dei poteri, e la società politica apparve come un folto e aggrovigliato reticolato di rapporti solo formalmente gerarchici.*” Cf. GROSSI, 2008, p. 60-61.

segundo Romano, da apreensão e absorção das realidades menores que o ente totalizante¹⁴⁷ – ora transfigurado no Príncipe – possibilita a teorização (fictícia) do Estado moderno.

O distanciamento, portanto, da fundamentação do Estado – com a ascensão dos elementos teóricos (ditos modernos) – da realidade social é, certamente, a pretensão crítica do jurista palermitano na medida em que deixa de existir a correspondência do direito espontâneo¹⁴⁸ com a realidade social. É dizer, há a absorção do/pelo Estado dos elementos fisiológicos sociais e, assim, a atuação Estatal a uma finalidade não

¹⁴⁷ ROMANO, *op. cit.*, p. 6-7. Nesse sentido: “*La caratteristica maggiore, e speriamo più duratura, dello Stato moderno, per cui esso appare l'unica fonte, se non l'unico subbietto, di ogni potere pubblico, ha precisamente quest'origine; e l'art. 3 della dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, proclamandone e formulandone il principio, in verità non faceva che delineare una situazione giuridica, che oramai emergeva evidente e s'impondeva in modo categorico. Era già lontano lo Stato medioevale, le cui diverse parti, com'è noto, spesso lottanti fra di loro, non avevano mai potuto fondersi in una completa unità, in modo che ciascuna si riteneva depositaria per virtù propria e per diritto originario di almeno una frazione della sovranità pubblica. Mediante una lunga serie di avvenimenti e attraverso infinite e sottili modificazioni nella compagine intima della società, così d'ordine economico come d'ordine morale, venne consolidandosi e imponendosi il principio, che doveva prima apparire già vigoroso, ma non pienamente maturo, nel così detto Stato di polizia, e culminare poi nella figura dello Stato moderno. Il principio cioè, che lo Stato, rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce ad unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde con nessuno di essi, di fronte ai quali si erge con una personalità propria, dotato di un potere, che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che à la forza del diritto.*”

¹⁴⁸ Esclareça-se, nesse sentido, a elucidação ‘parcial’ sobre o conceito: “*Fattualità: termine inconsueto ed oscuro, di cui è chiara unicamente la derivazione da fatto. Significa che il diritto riscopre i fatti nella loro genuinità, vi si adagia, si lascia modellare da essi, né pretende di coartarli o di alterarli. Precisando subito che, quando qui si parla di fatti, si intendono elementi e accadimenti materiali, fenomeni naturali (fisici, geologici, climatici) ed economico-sociali (assetti economici strutturali, costumanze, comportamenti collettivi). Quando una civiltà giuridica trova la sua fonte nella scienza (quella romana, per esempio) o nel potere politico (quella moderna, per esempio), il rischio (o, secondo i punti di vista, il privilegio) è che il diritto venga pensato e progettato dall'alto e si proietti sui fatti inserendoli – magari, a forza – nel progetto superiore. Qui è vero esattamente il contrario; natura e società si esprimono senza imbavagliamenti, mentre il diritto si riserva un dimesso ruolo ordinativo.*” Vide GROSSI, *op. cit.*, p. 20 et seq.

necessariamente social e/ou, inclusive com a possibilidade de finalidades contrárias ao social¹⁴⁹.

Esse distanciamento teórico é possibilitado, fundamentalmente, pela avocada impessoalidade¹⁵⁰ do poder público, pois:

A impessoalidade do poder público, ou melhor, a personificação do poder através do Estado concebido este mesmo enquanto pessoa: eis o princípio fundamental do direito público moderno, uma pessoa imaterial, mas também real; uma entidade não fictícia e imaginária, e que, mesmo não dispondo de corpo, logra através de delicados e maravilhosos dispositivos jurídicos, a formar-se, manifestar-se e impor uma vontade própria; não uma sombra ou espectro, mas um verdadeiro princípio de vida operante, senão através de seus organismos – no sentido literal – com o subsídio de um conjunto de instituições organizadas e harmônicas com esta finalidade.¹⁵¹

¹⁴⁹ Conquanto o avocar da finalidade social, esclareça-se que o entendimento neste específico contexto remete-se ao distanciamento do Estado (compreendida a deturpação pelo detentor do poder, ou seja, a apropriação dos poderes de fato) da realidade social (compreendida enquanto ordenamento). Senão vide ROMANO, *op. cit.*, p. 8-9: “*Anche quando nella pratica i suoi istituti si corrompono e degenerano, e l'inevitabile, permanente contrasto tra la forza oggettiva del diritto e la potenza arbitraria di chi detiene il potere tende a risolversi a favore di quest'ultima, rappresenta sempre un grande vantaggio e un grande progresso il fatto che tutto ciò non può considerarsi che come uno stato di cose che, lungi dall'essere consacrato e riconosciuto dall'ordinamento giuridico, si rivela a questo contrario*”.

¹⁵⁰ Tem-se, de forma continua, a abordagem de Romano acerca da impessoalidade e, embora em contexto distinto – quando da teorização do institucionalismo e, no peculiar, da desconstrução do direito objetivo em sua acepção ‘moderna’ –, é dizer, já em 1945, elucidativa ainda assim a proposição realizada pelo jurista. Cf., ROMANO, Santi. **L'Ordinamento Giuridico**. 2 ed. Firenze: Sansoni, 1945a, p. 17; nesse sentido: “*Il carattere dell'obiettività è quello che si ricollega all'impersonalità del potere che elabora e fissa la regola, al fatto che questo potere è qualche cosa che trascende e s'innalza sugli individui, che è esso medesimo diritto. Se si prescinde da questo concetto, il c. d. carattere dell'obiettività o non dice più nulla o, peggio, implica degli errori*”.

¹⁵¹ *Id.*, 1909, p. 8. Do original: “*L'impersonalità del potere pubblico o, meglio, la personificazione del potere per mezzo dello Stato, concepito esso stesso come persona: ecco il principio fondamentale del diritto pubblico moderno: una*

O cerne da crítica de Romano, no que pertine à seara jurídica, encontra-se neste distanciamento entre Estado e realidade social. Distancia-se o elemento Estado enquanto construção teórica meramente fictícia, não obstante fundamentada juridicamente tanto como estrutura existencial como estrutura volitiva.

O anterior desvio de atuação do Estado por intermédio de seus órgãos constitucionais, muito embora constatado, fora suprido por Romano por meio do conceito de *sdoppiamento*. Se é verdade que reconhece ali um ‘desvio’ inerente à personalidade, reconhece também que esse desvio é o que conforma também a *persona* total cuja essência permaneceria; logo, prevaleceria esta personalidade última.

Ocorre, porém, aqui, a constatação de um desvio maior, é dizer, um ‘distúrbio psicossomático’ que, apesar de não congênito, afetaria senão a própria totalidade do Estado e, assim, arvorado na deturpação dos detentores do poder, voltar-se-ia, inclusive, contra a sua própria realidade social, é dizer, o seu próprio ordenamento (quebra da ordem).

Dessa patologia surgiria também outro elemento importante da análise de Romano que decorreria do denominado “imperialismo” – prevalência da força – que, exatamente por corroer a ordem jurídica do Estado, repercuta tanto interna como externamente¹⁵².

Fomenta ou, ao menos, sem com ela concorrer, constitui-la ou tampouco acelerá-la, lhe confere um certo aspecto o renovado sentimento de imperialismo que, ora nega a razão mesma de ser do direito e, ainda, por vias reflexas, do Estado moderno na medida em que se fundamenta, este último, sobretudo como Estado jurídico [de direito], ora sustenta inerente ao ordenamento institucional, e portanto justo, afirmar-se enquanto código potestativo: ‘Em verdade vos digo que o justo é aquilo que compete ao mais forte’. São

persona immateriale, ma pur reale; un'entità non fittizia e immaginaria, ma che pur non avendo corpo, riesce per mezzo di delicati e meravigliosi congegni giuridici, a formarsi, manifestare e imporre una propria volontà; non ombra o spettro, ma vero principio di vita, operante, se non per mezzo di un organismo, nel senso vero e stretto della parola, col sussidio di un insieme di istituzioni attecchite ed armonizzate a questo scopo”.

¹⁵² Esclareça-se que a análise externa dos efeitos patológicos serão esmiuçados quando da abordagem da obra *Oltre lo Stato*, vide 1.2.2 (Titanomaquia) do presente trabalho.

palavras do sofista Trasimaco que poderiam ser utilizadas/postas como epígrafes aos escritos filósofos e políticos modernos bastante conhecidos. O Estado atual igualou perante o direito – e é esta, inclusive, sua característica típica – os fracos e os fortes, os humildes e os potentes, enquanto deveria ir conforme e refletir os instintos da conquista, do heroísmo, da luta entre os indivíduos, entre as diversas classes e entre as diversas raças. Perfídia final à qual se propõem as instituições vigentes, de restringirem o bem-estar coletivo à um rebanho não digno [de tal contemplação]; depravação, por consequência, cada constituição que não seja rigorosa e exclusivamente aristocrática, antes, mais exatamente, seria oligárquica.¹⁵³

Desse distanciamento, fático e teórico, mostra-se imprescindível ao Estado apropriar-se, enquanto elemento jurídico de força, de tudo quanto seja considerado o direito. Assim, muito embora as realidades menores reflitam com maior proximidade o concreto, e, exatamente por isso, prescindam da ‘regulamentação’ do Estado, este, ao pretender substituí-las/apropriá-las por/com um ordenamento “posto a partir de cima”¹⁵⁴, acaba por impor também a hipertrofia legalista.

¹⁵³ ROMANO, *op. cit.*, p. 11-12. Do original: “*Alimenta la corrente o, almeno, senza concorrere né a costituirla né ad accelerarla, le conferisce un certo aspetto quel rinnovato sentimento di imperialismo, che ora nega la stessa ragion d'essere del diritto e quindi dello Stato moderno, il quale si afferma, innanzi tutto, come Stato giuridico, ora sostiene esser giusto che l'ordinamento istituzionale si traduca in una specie di codice della forza «Io dico in verità che il giusto è ciò che conferisce al più potente»: son parole del sofista Trasimaco, che si potrebbero porre come epigrafe agli scritti di ben noti filosofi e politici moderni. Lo Stato attuale pareggia innanzi al diritto - ed è una sua nota tipica - i deboli e i forti, gli umili e i potenti, mentre dovrebbe secondare e rispecchiare gl'istinti della conquista, dell'eroismo, della lotta fra gl'individui, fra le diverse classi e fra le diverse razze. Traviamento il fine, che si propongono le vigenti istituzioni, di cercare il benessere collettivo a favore di un gregge che non ne sarebbe degno; traviamento, per conseguenza, ogni costituzione che non sia rigorosamente ed esclusivamente aristocratica, anzi, più esattamente, oligarchica*”.

¹⁵⁴ Para além da fatualidade do direito e da sua espontaneidade social, anteriormente aportada em Grossi, elucidativa também, em correlação com a conformação da alhures mencionada ‘escola fiorentina’ a partir de Romano, em especial, registre-se: “*Mentre l'organizzazione dello Stato moderno, in quanto*

Dessa forma, para além da não correspondência da definição (teórica) de Estado com a realidade concreta, consoante asseverado, há uma segunda consequência que é exatamente a falha ou a tentativa malsucedida (pretensão totalizante) – na medida da impossibilidade fática – do Estado em suprir todos os campos, então, regulamentados (regulamentadores) ou ordenamentais, cuja existência prescindia e prescinde do “Briareo”.

Nesse contexto, de persistência¹⁵⁵ dos ordenamentos menores e/ou de falibilidade do Estado moderno em legislar todos os campos possíveis, assimilado ainda à apropriação (no sentido de deturpação finalística) deste último, há, consoante assevera Romano, o (re)florescimento das entidades menores ou a associação espontânea porquanto correspondente aos interesses dos grupos que se lhes integram; ou seja, interesses profissionais ou econômicos que não os fictícios expressos no Estado moderno.

Corolário outro deste raciocínio é, segundo o jurista, a espontaneidade natural dos laços/vínculos que aproximam os indivíduos e se lhes faz reconhecerem, de forma recíproca, enquanto iguais – não formalmente, consoante crítica já esboçada em relação ao iluminismo. Há aqui também uma crítica do jurista acerca da delimitação territorial dos Estados – que, no limite, é o que define, no Estado moderno, a existência (formal) ou não de ‘vínculos’ entre os homens – e que, portanto, nega¹⁵⁶, por ser totalmente ficta, a realidade concreta.

concerne il suo affermarsi come unico potere sovrano, non è dubbio che abbia fedelmente rispecchiato la nuova struttura sociale, essa si palesò presto del tutto deficiente, nel regolare, anzi spesso nel non riconoscere gli aggruppamenti degli individui, pur così necessari in ogni società prevenuta ad un alto grado di sviluppo. Si capisce, che la vita sociale, che non è mai dominata dalle regole giuridiche, ha continuato ad evolversi per suo conto e si è posta in contraddizione con un sistema non consono ad essa, magari accentuando oltre il necessario, come suole avvenire, la contraddizione e la lotta che ne è la conseguenza”. Cf. Ibid., p. 16.

¹⁵⁵ Acerca da espontaneidade dos laços sociais observados no corporativismo e nas instituições menores, afirma que: “E per quanto riguarda la costituzione politica, si può anche sperare che il movimento corporativo, sia diretto, non già a travolgere lo Stato, nella figura che, per diritto moderno, è venuto assumendo, ma a completarne le deficienze e le lacune, che, come si è visto, presenta per necessario effetto della sua origine.” Vide Ibid., p. 22.

¹⁵⁶ No que pertine à limitação teórica dos elementos caracterizadores do Estado, voltar-se-á, quando da análise no capítulo 2 do presente trabalho, especificamente para (algumas) as influências teóricas de Romano, na medida em que se

1.2.1.1 – O corporativismo como via alternativa ao Briareo?

Consoante asseverado, a crítica do jurista palermitano direciona-se, em primeira análise, essencialmente ao esfacelamento dos entes menores e sua pretensa absorção, prática e teórica, social e jurídica, pelo então denominado Estado moderno.

É dizer, o Estado moderno, ao pretender a unidade, esfacela e se lhe avoca a então realidade plural. Não obstante resultante esse movimento de um processo histórico, Romano atribui-lhe a característica da apropriação indevida, não por impropriedade, mas fundamentalmente porque esse processo mostra-se ‘falho’; ato contrário, faz ‘florescer’ as mais diversas entidades menores justamente por destoar da realidade concreta, por deixá-las ao abandono¹⁵⁷ ao preocupar-se, tão somente, com previsões as mais poéticas possíveis.

Afirma, nesse sentido, a existência/subsistência¹⁵⁸ do direito espontâneo, fisiológico, que, à margem da ficção Estatal, em certa similaridade com o coletivismo medieval, fomentar-se-ia – referido processo – em relação inversamente proporcional à pretensão totalizante do Estado.

aproxima, nesse sentido, particularmente do pensamento de Duguit. Porém, de forma a não se deixar uma ‘ausência’ e, correlacionar o exposto com o anteriormente analisado acerca da participação da condição *uti civis*, pertinente o que assevera: “*Non il caso della nascita, un fiume o una montagna dovrebbe determinare la coesione dei singoli individui, che meglio resterebbe fondata sulla forza produttiva, sul mestiere, sull'attività economica*” Cf., *Ibid*, p. 21.

¹⁵⁷ ROMANO, 1909, p. 13. No original: “*Se i tempi nostri infatti hanno accentuato quei sentimenti di equità, di umanità, di solidarietà, cui guardano con disprezzo i sostenitori della morale eroica, non è men vero che questi sentimenti corrono pericolo di mostrarsi vani, proprio quando dovrebbero soccorrere, cioè quando i contrasti sociali più si accentuano, come nell'ora presente*”.

¹⁵⁸ Cf., *Ibid*, p. 17-18. Nesse sentido: “*Il diritto pubblico moderno dunque non domina, ma è dominato da un movimento sociale, al quale si viene stentatamente adattando, e che intanto si governa con delle leggi proprie. E mentre gli scrittori politici si abbandonano secondo i diversi temperamenti alle visioni alle discussioni critiche; mentre si domanda se si verifica una specie di ricorso storico alle corporazioni medioevali; mentre si dubita se i moderni sindacati faranno divampare la lotta sociale e si questiona sulle loro possibili conseguenze circa l'energia del carattere individuale, il funzionamento dei pubblici poteri, l'avvenire del collettivismo e l'evoluzione in genere varie classi si moltiplicano in maniera prodigiosa. E moltissime assumono, ora in modo larvato ora apertamente, un atteggiamento antagonistico di fronte allo Stato*”.

É precisamente destes contrastes [os sociais cujo reflexo é formalmente sanado pelo positivismo estatalista], ou melhor, da atitude por eles assumidas, que recebe maior força o movimento que determina a crise do Estado moderno. No interno deste e, muitas das vezes, contrário a este [Estado] multiplicam-se e florescem fortes e plenas de vida/energia, uma série de organizações e associações que, por sua vez, tendem a se aproximar e a se unirem entre si. Possuem os mais variados/diversos escopos, mas guardam entre si uma unidade característica: a de reunir pessoas por afinidades relacionadas as suas respectivas profissões, ou melhor, de seus interesses econômicos. São federações ou sindicatos de trabalhadores, sindicatos patronais, industriais, mercantis, rurais, de funcionários, são cooperativas, instituições de mútuo, sindicato dos trabalhadores, ligas de resistência ou de previdência, todas constituídas com base na coletividade fisionômica. Justamente neste reflorescer das tendências corporativas profissionais, que foram já tão comuns antes do surgimento do Estado moderno – quando então tornaram-se quase inexistentes -, é que se observa o maior fato da idade contemporânea: é dizer, ao menos, aquele que se mostra o mais geral de todos, o mais seguro e o de mais fácil constatação.¹⁵⁹

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 13. Do original: “*Intanto è precisamente da questi contrasti o, meglio, da uno speciale atteggiamento da essi assunto, che riceve la sua maggior forza il movimento che determina una specie di crisi nello Stato moderno. In seno ad esso, e sovente, come vedremo, contro di esso, si moltiplicano e fioriscono con vita rigogliosa ed effettiva potenza, una serie di organizzazioni ed associazioni, che, alla loro volta, tendono ad unirsi e collegarsi fra loro. Esse si propongono gli scopi speciali più disparati, ma tutti hanno un carattere comune: quello di raggruppare gl'individui col criterio della loro professione o, meglio, del loro interesse economico. Sono federazioni o sindacati di operai, sindacati patronali, industriali, mercantili, di agrari, di funzionari, sono società cooperative, istituzioni di mutualità, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza, tutte costituite sul principio indicato, dal quale ricavano la loro collettiva fisionomia. Giustamente, in questo risorgere di tendenze corporative a base professionale, che furono già così fiorenti prima che col sorgere dello Stato moderno venissero quasi del tutto meno, si è visto il maggior fatto dell'età*”

A importância da observância desses elementos coletivistas vai para além da crítica principal ao Estado moderno enquanto elemento fenecido que, em seu projeto congênito, ao negar as ordens menores, fornece os elementos materiais, ou os possibilita em sentido negativo, para a conformação e fortalecimento dessas ordens menores. Outrossim, conforme mostrar-se-á, tem-se aqui, de certa forma antecipada, o bosquejo ou os elementos utilizados posteriormente pelo jurista palermitano quando da teorização do institucionalismo jurídico.

Afirma, de forma clara, nesse sentido que:

Enquanto adstrito à organização prática e à realidade concreta, sobre outro ponto de vista é supérfluo salientar que todas as associações desta natureza, por exemplo a dos trabalhadores, seja ínsita a ideia de adquirir uma potência/força material decorrente da união de forma a pressionar os poderes públicos [o Estado] a fim de obter aquilo que o Estado, ouvindo a voz da simples justiça, tanto teme em conceder. Por vezes, portanto, sem reserva e subterfúgios, é a substituição da atividade do sindicato pela atividade estatal o que efetivamente se questiona. É precisamente o programa, em sua forma mais radical e revolucionária, o que pretende o sindicalismo operário em sentido estrito.¹⁶⁰

Compreenda-se, portanto, que exatamente por corresponderem as associações menores à realidade concreta, por refletirem com maior aproximação a espontaneidade da qual surgem, possuem com bastante aproximação essa força latente material. É exatamente da compreensão

contemporanea: esso è, per lo meno, quello che si presenta il più generale di tutti, il più sicuro e il più facilmente constatabile”.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 18-19. Do original: “Sotto altri punti di vista poi e per quanto riguarda il loro pratico atteggiamento, è superfluo rilevare che in tutte le associazioni di tal genere, per esempio in quelle dei funzionari, è insita l'idea di acquistare una potenza materiale, che possa premere sui pubblici poteri, in modo da ottenere, con la forza che deriva dall'unione, ciò che lo Stato, ascoltando la voce della semplice giustizia, si teme che non concederebbe. Talvolta poi, senza riserve e senza sottintesi, è la sostituzione dell'attività del sindacato a quella statale, che si reclama. È precisamente il programma, nella sua forma più radicale e rivoluzionaria, questo cui mira il sindacalismo operaio in senso stretto”.

negativa que afirma Romano o esfacelamento do Estado¹⁶¹. A crítica, pois, não avocaria a aniquilação do Estado e o rebrotar das autonomias, mas a não pretensa absorção do/pelo Estado de tudo quanto se lhe apresenta e, assim, por corolário necessário, o possível desenvolvimento destas entidades menores¹⁶².

Especifica, consequentemente, que a força latente não se limita à mera “força bruta” – veio material –, pois, da espontaneidade que as faz florescer, há a participação também de uma afinidade que fortalece o caráter corporativo. Sua forma inicial seria, para Romano, preponderantemente a afinidade profissional – no limite, a econômica¹⁶³ –, muito embora se prolongue sobre os desdobramentos daí decorrentes.

Aponta, nesse sentido, a existência de duas correntes principais: a primeira que acentuaria o caráter econômico das instituições e a segunda que “pelo contrário, fundamenta-se num idealismo são e que não esquece que outros elementos, para além dos econômicos, determinam e consolidam cada conquista da humanidade”¹⁶⁴.

¹⁶¹ Cf. *Ibid.*, p. 22.

¹⁶² Esclarecedora nesse sentido a remissão utilizada por Romano: “*Basti ricordare il famoso manifesto degli istitutori sindacalisti del 24 novembre 1905, in cui si dichiara che 'i sindacati debbono prepararsi a costituire i quadri delle future organizzazioni autonome, alle quali lo Stato rimetterà la cura di assicurare, sotto il suo controllo e sotto il loro controllo reciproco, i servizi progressivamente socializzati'*”. Vide *Ibid.*, p. 19.

¹⁶³ Cf. *Ibid.*, p. 22-23. No original: “*Il nucleo di verità più indiscutibile che anima le moderne tendenze al sistema corporativo sta nel rilievo molto semplice, che i rapporti sociali che direttamente interessano il diritto pubblico, non si esauriscono in quelli che hanno per termini l'individuo, da una parte, lo Stato e le comunità territoriali minori, dall'altra. [...] Le esigenze economiche della società moderna hanno potuto così far rinascere una distribuzione e un'organizzazione dei singoli, che prima aveva caratteri e finalità diverse, ma che è in sostanza una fase nuova di un'antica e perenne esigenza sociale. Da questo punto di vista, il sistema corporativo, considerato nel suo svolgimento normale e non nelle sue degenerazioni, appare naturale, può servire a mitigare le dannose conseguenze dell'eccessivo individualismo, fonte di contrasti e di lotte, a sviluppare il sentimento di solidarietà fra i singoli, e il sentimento di reciproco rispetto fra i diversi gruppi di individui, contribuendo così ad una più completa e compatta organizzazione sociale*”.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 19. Do original: “[...] *ambedue sono alimentate, come già ebbe a notarsi, da fattori economici, ma l'una li accentua e li esagera oltre ogni misura e ne trae estreme conseguenze; l'altra invece si appoggia ad un sano idealismo e non dimentica che altri elementi, oltre quelli economici, determinano e consolidano ogni conquista dell'umanità*”.

Assim, apesar de apresentá-lo, *prima facie*, como elemento agregador, não se deve deduzir que haja a prevalência do econômico sobre o ‘político’, é dizer, o econômico não seria a finalidade última e, portanto, não deveria se sobrepor ao político. Avoca aqui, Romano, um elemento anterior já exposto quando da análise dos direitos públicos subjetivos pertinente à condição dos cidadãos: a imperiosa e necessária condição *uti civis*¹⁶⁵.

A deturpação dessa finalidade ou a não observância também da finalidade ‘política’ acarretaria não apenas a ruína iminente do Estado – em si considerado –, mas molestaria, de forma direta, também a totalidade ordenamental. Novamente atento à observância do ordenamento total, preceitua que a ausência dessa condição afetaria igualmente a relação interna própria das instituições menores e, por consequência, o próprio âmago do Estado.

Ou seja, se nos períodos normais a força latente das associações serve como elemento agregador¹⁶⁶ e, consequentemente, esfacelador do individualismo da então sociedade moderna, isso seria atribuído precipuamente à existência constante da luta de classes. É dizer, a divergência entre as afinidades, especialmente a econômica, teria o poder de agregá-los em grupos, os respectivos membros, e, assim, restarem dotados do poder latente.

Todavia, nos períodos transitórios em que a deturpação econômica atenuasse a luta de classes – preponderância do econômico –, essa força latente inerente assumiria um caráter preponderantemente revolucionário e, portanto, tenderia à supressão dos conflitos que fomentam o próprio corporativismo plural da sociedade¹⁶⁷.

Construir e não destruir: é esta, mais do que qualquer outra, a obrigação/dever que se pode e se deve propor em relação ao ordenamento político, o desenvolver da atual vida social e, uma vez realizada, provavelmente os novos edifícios não contrastarão com a sólida e severa arquitetura do Estado moderno, mas apoiar-se-ão nas mesmas

¹⁶⁵ Para a análise da condição *uti civis* no âmbito dos direitos públicos subjetivos, vide 1.1.1 do presente trabalho; acerca da correlação e da força agregadora, vide 2.2.2.

¹⁶⁶ Vide *Ibid.*, p. 22 *et. seq.*

¹⁶⁷ *Id.*, *loc. cit.*

bases se lhe integrando enquanto partes essenciais.¹⁶⁸

Consoante a concatenação exposta pelo jurista, as premissas anteriormente analisadas são também ‘projetadas’ quando da análise do trato recíproco dos Estados em suas relações, o que é feito especialmente no ensaio *Oltre lo Stato*. Portanto, compreendidas as premissas e analisado o ensaio referido, conforme ver-se-á adiante, poder-se-á correlacioná-las com o institucionalismo ulteriormente publicado.

1.2.2 Titanomaquia¹⁶⁹

Deve-se esclarecer, inicialmente, que a análise do ente Estatal ora exposta é, não obstante a continuidade lógica da crítica geral já anteriormente exposta pelo jurista palermitano, direcionada a um período histórico específico¹⁷⁰ e, por questões metodológicas, expor-se-á a

¹⁶⁸ *Ibid*, p. 25. Do original: “Costruire e non distruggere: è questo, più che altro, il compito che può e deve proporsi, rispetto all'ordinamento politico, l'evolversi dall'attuale vita sociale e, quando avrà costruito, probabilmente i nuovi edifici non contrasteranno con la solida e severa architettura dello Stato moderno, ma poggeranno sulle stesse sue basi e ne costituiranno parti integranti”.

¹⁶⁹ Esclareça-se, para além do Briareo, que: “E si capisce come, messi su questa via e fatto dello Stato un ente o l'ente supremo, si possa giustificare anche l'interpretazione quasi letterale di quelle vedute, per cui lo Stato sarebbe, secondo lo Schelling, una misteriosa emanazione e rivelazione di Dio, o rappresenterebbe secondo l'Hegel, l'ingresso di Dio nel mondo, un che di mondano-divino, anzi un Dio reale. Che se lo Stato è, in un certo senso, l'assoluto, è poi logica la conseguenza, che ne deduceva il primo di questi due filosofi, che esso non conosce un al di là e quindi nulla di esteriore a sé, e tanto meno – come ribadiva l'altro, cioè l'Hegel – può ammettere che nulla gli sia superiore [...] talvolta strano e sempre sterile, individualismo, che, come quello del Nietzsche, vede nello Stato un idolo infernale, un mostro, il più freddo di tutti i mostri, un distruttore, alla cui scomparsa si vedrebbe brillare l'arcobaleno.” Cf. ROMANO, 1918, p. 2.

¹⁷⁰ Direciona-se o discurso presente à análise da atuação beligerante dos Estados no período da 1ª Grande Guerra e a concomitante conformação dos Impérios, também objeto de crítica pelo jurista para, então, de forma negativa, ter-se a compreensão do Estado. Esclareça-se, assim que “Non sembri inopportuno che, in un momento storico come l'attuale, in cui si direbbe che ogni manifestazione della vita umana culmini e si concentri nello Stato e per lo Stato, io divaghi, per breve ora, al di là, in un certo senso, dello Stato medesimo. In verità, io non ho

compreensão das denominadas *forze disgregatrici* que atuariam para além da ordem interna dos Estados.

Referida pretensão busca, assim – analisadas já as forças internas que se utilizam da falibilidade do Estado – analisá-las, forças outras que atuam externamente, para, então, delimitar, no plano fático, a compreensão do elemento Estado no pensamento do jurista.

Aporte cujo reiterar mostra-se imprescindível é, novamente, a crítica à pretensão totalizante – no sentido de centralização e unificação forçada, é dizer, o esfacelar a/da pluralidade existente – e, de forma briosa, pode-se dizer, a compreensão, no limite, da então insuperabilidade do Estado ao mesmo tempo em que se constata a sua (então) ruína completa¹⁷¹.

Seja o que for, Deus ou demônio, realidade concreta ou falso ídolo, salvação ou perdição, o Estado tornou-se o primeiro, senão o único, ator na cena global. Excetuando-se esta sua posição, não apenas na especulação filosófica, mas na vida efetiva, não representa senão o resultado temporal de uma dupla e contrária reação àquelas tendências, individualistas como vice-versa de cosmopolitismo, que estão em contínuo contraste entre elas e cujo ponto de encontro ou de equilíbrio,

alcuna intenzione di distogliere lo sguardo dallo spettacolo, che così fissamente ci incatena, di tanta storia che si svolge sotto i nostri occhi sgomenti, se non per tornare a contemplarlo da un punto di vista che ce ne permetta la visione meno confusa e imprecisa che ci sia possibile. Nessuno, certamente, si trova adesso in grado di risolvere il formidabile problema del vero e profondo significato di questa guerra, combattuta con forza così esasperata da un così grande numero di Stati: non soltanto ci mancano molti elementi di fatto per pronunciare su questo punto un qualsiasi giudizio, ma ce ne manca sopra tutto l'animo, al quale si domanderebbe invano, e anche inopportunamente, la serenità e l'obiettività, che pur sarebbero necessarie. Ond'è che, generalmente, ci accontentiamo di constatare che alcuni degli Stati belligeranti - gli assalitori e quelli che ad essi si sono uniti - fecero divampare il terribile incendio spinti da irrefrenabili aspirazioni di smodato dominio e di prepotente espansione; che altri, viceversa combattono soltanto per la necessità della loro difesa e della loro conservazione; e altri attendono anche a particolari rivendicazioni nazionali apparse urgenti e indeprecabili” Cf. ROMANO, 1918, p. 1.

¹⁷¹ Embora tenha se optado pelo termo cuja reflexão remete ao edifício Estatal mencionado por Romano, ressalve-se que a crítica encontra variação no que tange à perspectiva externa, conforme ver-se-á adiante.

sempre variável, verifica-se na estrutura estatal. Se, porém, esta condição de coisas não fossem contingentes, mas possuísem um valor absoluto, se o Estado fosse o único termo possível da vida social, teríamos como consequência que cada/toda luta entre Estados não teria outro significado que não a luta por desenvolvimento e de crescimento/expansão para uns, de conservação para os outros. Se se traduzisse, ainda, em realidade o antigo e recorrente sonho de regulamentar a humanidade inteira com apenas um ordenamento/regimento, não resultaria necessariamente em um império universal e nem tampouco esse iria para além da forma de um Estado, mesmo que composto de outros Estados subordinados.¹⁷²

¹⁷² ROMANO, *op. cit.*, p. 2-3. Do original: “Comunque sia, Dio o demonio, realtà vera o idolo falso, salvezza o perdizione, lo Stato è diventato il primo, se non l'unico attore nella scena del mondo. Senonchè questa sua posizione, non solo nella speculazione filosofica, ma nella vita effettiva, non rappresenta forse se non il risultato temporaneo di una doppia e contraria reazione a quelle tendenze, così di individualismo come vice-versa di cosmopolitismo, che sono fra di loro in continuo contrasto e il cui punto d'incontro o di equilibrio, sempre variabile, è ora dato dall'odierno assetto statuale. Se intanto questa condizione di cose non fosse solo contingente, ma avesse un valore assoluto, se lo Stato fosse l'unico termine possibile della vita sociale, ne verrebbe di conseguenza che ogni lotta fra Stati non potrebbe avere altro significato che quello di una lotta di sviluppo e di ingrandimento degli uni, di conservazione per gli altri. Se anche dovesse tradursi in realtà il sogno così antico e così ricorrente di dare alla umanità intera un reggimento unico, ne risulterebbe sempre un impero universale, che neppure esso andrebbe al di là della forma di uno Stato sia pure composto di altri Stati subordinati”. Embora insira-se em tópico específico do presente trabalho (vide 2.2.1) pertinente, considerando a proximidade teórica, a crítica exposta por HAURIOU, Maurice. **Aux sources du droit**: le pouvoir, l'ordre et la liberté. Paris: Bloud & Gay, 1933, p.96: “En vertu de la logique qui gouverne les mouvements d'idées, il était naturel que la théorie de l'institution et de la fondation, qui succède historiquement aux systèmes subjectiviste et objectiviste, prît pied dans la matière de la fondation des institutions, que les deux systèmes antagonistes avaient également sacrifiée ; son objet essentiel est démontrer que la fondation des institutions présente un caractère juridique et qu'à ce point de vue les fondements de la durée juridique sont eux-mêmes juridiques. Elle a, d'ailleurs, profité e la querelle du subjectif et de l'objectif : elle admet le dualisme de ces états, car elle voit, dans cette opposition, moins des éléments tranchés que

É dizer, não obstante reconheça – no plano interno dos Estados – a conformação espontânea baseada na solidariedade e na aproximação – especialmente a profissional –, além da latente força material das instituições menores, quando transposto para o plano externo – entre os Estados –, se lhes reconhece a mesma natureza de ação¹⁷³.

Diante desse quadro há também a conformação de estruturas supraestatais que, movidas por interesse político expansionista (decorrente da prevalência do econômico)¹⁷⁴, agrupam-se e passam,

des états différents, par lesquels peuvent passer, suivant les moments, soit une institution corporative, soit une règle de droit”.

¹⁷³ ROMANO, 1918, p. 5 *et seq.*

¹⁷⁴ Muito embora tenha sido abordado já quando da análise das associações menores a força agregadora dos interesses econômicos, e daí o processo natural que permitiria desta união a contraposição de forças – a manutenção senão do pluralismo –, impende reiterar a sempre presente ideia no pensamento de Romano da participação efetiva da condição *uti civis*. Esta, portanto, careceria no projeto de edificação do Império – em escala equivalente maior à já constatada na falha do Estado. Outrossim, há, de forma patológica no pensamento tedesco, uma contradição fática que, ao pregar a construção de uma humanidade cosmopolita e (inclinada, então) observadora da paz, restaria a paz imposta senão por meios coercitivos, ou não espontâneos. No original: “*Donde la necessità urgente per la Germania di organizzare, sulla base di un'unione doganale, la media Europa dando vita a un nuovo gigantesco impero economico, capace di contrapporsi a quelli già esistenti. E intanto, dai sostenitori di tale dottrina, che avvisarono anche ai mezzi con cui avrebbe dovuto tradursi in atto, si riconosceva apertamente, che questo disegno la Germania non avrebbe potuto attuare se non con la forza delle armi e in seguito a lotte violenti.*” Vide *Ibid.*, p. 7. Ainda, bastante elucidativo, embora com uma projeção distinta, o trato destinado por DE VITI DE MARCO quando do ‘*Discorso pronunciato al Congresso Antiprotezionista di Milano (17 marzo 1914) e al Fascio democratico universitario romano (31 maggio 1914)*’ oportunidade na qual apõe ‘*Il problema doganale e l’attuale momento politico*’, nestes termos: “*Infatti, è da poco – forse dalla introduzione del suffragio universale – che si comincia a vedere con qualche maggior chiarezza come sotto il nome pomposo benevolo e falso di PROTEZIONE ALL’INDUSTRIA E AL LAVORO NAZIONALE, si cela soltanto un sistema di dazi di consumo, di tributi indiretti, di sopraprezzi, che la massa dei cittadini paga inconsapevolmente, non allo Stato in cambio di servizi pubblici, ma a taluni gruppi di produttori privati, di cui si accresce così il reddito a spese del reddito di tutti i consumatori. Tra questi vengono in prima linea coloro che vivono di reddito fisso e gli impiegati e i salariati. Il proletariato comincia a vedere nei dazi doganali una causa potente che diminuisce il potere d’acquisto del salario monetario, mentre aumenta la rendita e il profitto.*” Cf. DE VITI DE MARCO, [1929], p. 166.

consequentemente, a possuir similar natureza de força material. Porém, tratam-se de instituições ‘políticas’ distintas do Estado e que, apesar de superá-lo¹⁷⁵ (para além de), não possuiriam (não possuem) o poder de fazê-lo, pois que resultante de um processo histórico concreto, fenecer¹⁷⁶.

Por partir do concreto, passa então o jurista a refutar os (então existentes) impérios, no plano jurídico, ainda que a finalidade do texto seja basicamente refutar o Império Germânico, cujo forjar, para além de negar o processo histórico – diferentemente do Estado, que é tido enquanto resultante do processo histórico pelo jurista –, destina-se (pretende-se) essencialmente à projeção político-econômica potestativa e, portanto, careceria da essência necessária para ‘manter-se’ a espontaneidade associativa.

Muito embora atribua à Alemanha¹⁷⁷ o esforço teórico em forjar como elemento natural a conformação ‘em bloco’ dos impérios, Romano direciona de forma específica a sua crítica à Kant¹⁷⁸. É efetivamente o pensamento kantiano que se esforça sobremaneira à forjar, enquanto “processo natural”, as guerras entre os Estados sob o fundamento de estabelecimento de novas relações, as quais tenderiam sempre (eis o caráter humanitário no belicoso!) à construção de um ordenamento ‘cosmopolita’.

¹⁷⁵ Cf., *Ibid.*, p. 5. Nesse sentido: “*Così, in America, gli Stati Uniti del nord, che già da per sè rappresentano un conglomerato di numerosi Stati e quindi un'istituzione che sorpassa la figura dello Stato singolo, tendono, com'è noto, a fare di tuttata l'America una poderosa entità politica, chiusa, in un certo senso, all'influenza delle potenze stranieri e arbitra dei propri destini*”.

¹⁷⁶ A compreensão do não fenecimento ‘volitivo’ – contrastante – apresentado por Romano reforça, neste particular, a visão ordenamental totalizante, é dizer, o todo considerado em si como não passível, ainda que presentes as legitimantes das suas críticas, de ‘substituição’.

¹⁷⁷ Cf. *Ibid.*, p. 9. No original: “*Comunque, se arbitraria si rivela la teoria, come teoria, degli imperi mondiali economici, non può invece negarsi che, da un punto di vista pratico, essa giovi a favorire la stessa economia della Germania, la quale prosegue un disegno, non necessario, come essa afferma, alla sua esistenza e al suo sviluppo, ma evidentemente utile alla sua espansione e al suo arricchimento*”.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 2. Ilustre-se, nesse sentido: “*Si può dire anzi che sia un postulato, esplicito o sottinteso, di molte concezioni moderne la tesi che il Kant credette di avere dimostrato, che la storia della specie umana in complesso si possa considerare come il compimento di un disegno segreto della natura, per produrre una perfetta costituzione interna degli Stati*”.

O *foedus pacificum*¹⁷⁹ teorizado, pois, partiria do processo natural belicoso entre os Estados cuja formação natural conduziria senão à própria superação do *animus belicoso* e na superação das relações entre Estados com o *plus* do atributo *sui generis*¹⁸⁰, é dizer, uma federação de Estados.

Eis, aqui, um dos principais elementos forjadores¹⁸¹ utilizados pela Alemanha, pois, se por um lado é utilizado tal processo enquanto

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 7 *et seq.*

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 3.

¹⁸¹ Não que seja a abordagem a seguir um ponto tocado por Romano com tamanha profundidade. Entretanto, a análise realizada por George Lichtheim demonstram, ainda que num viés bastante aprofundado, não apenas a percepção do jurista palermitano, mas mesmo os elementos ‘materiais’ que o corroboram. Nesse sentido *vide* LICHTHEIM, George. **Europe in the Twentieth Century**. New York: Praeger publishers, 1972, p. 20, nestes termos: “*The protectionist bloc of East German landowners and West German industrialists was obliged, as a matter of self-preservation, to oppose the democratization of the country's political institutions, since democracy at home would have involved a conversion to free trade abroad. Rather than risk this experiment the ruling stratum embarked upon Weltpolitik in the imperialist spirit [...]*”; Pelo que prossegue, então, de forma profunda, correlacionando a pretensão tedesca com o contexto específico: “*As matters stood, the patriotic orgy of 1914 appeared to conservative intellectuals as Germany's response to the French Revolution. The so-called 'ideas of 1914' – in reality formulated in the 1880s and 1890s – translated into political terms the heritage of German Romanticism. [...] The conservative counter-movement had its roots in the past, specifically in the 'war of liberation' against Napoleon in 1813, when German nationalism first began to take shape. [...] What they were after was a return to the folk community of the pre-modern age. Folk is a more comprehensive term than people: it signifies a kind of spiritual cosmos ultimately traceable to man's link with his ancestors, and through them with the natural environment in which the original folk community acquired its characteristic essence. [...] Speaking more generally, both German and Slav nationalism were retrograde by Western standards in that they substituted the folk community for the rational and democratic concept of citizenship. In practice this meant that national minorities could not be effectively integrated, since it was assumed that the nation was co-extensive with the 'natural' community held together by ties of kinship. [...] What actually happened was that the German Empire embarked upon national expansion with an ideology which rendered peace impossible, in that the modern variety of imperialism was superimposed upon a more ancient foundation reaching back to the days when the Germans constituted the Herrenvolk, or master race, in Central Europe. Racism thus became an important ingredient of the German political outlook. The*

conformação e formação interna do próprio Estado Alemão, este, por outro lado, diante da presença de forças políticas externas pretende lançar-se, singularmente, senão enquanto *caput* da *Mitteleuropa*¹⁸².

Não obstante Romano apresente uma infinidade de críticas endereçadas à Kant, Hegel e Schelling, importa para o presente trabalho não tanto os elementos fartos a eles direcionados. O cerne da crítica que importa para o presente trabalho, nesta abordagem específica, é particularmente a crítica à (con)formação histórica ‘natural’ de uma unidade ordenamental cosmopolita com o viés, preponderante, político-econômico¹⁸³ incrustado nesse movimento.

Explica-se. Romano de forma alguma rejeita a existência e mesmo a inclinação¹⁸⁴ à conformação de estruturas supraestatais, mesmo porque negá-las implicaria negar senão a realidade. E neste forjar doutrinário

Pan-German ideology combined an archaic cast of mind antedating the liberal era with militant expansionism in the name of the Volk.” Cf. Ibid., p. 33-36.

¹⁸² Esclarecedor, e no mesmo sentido da constatação verificada por Romano, novamente o que expõe LICHTHEIM, *op. cit.*, p. 21-22, nestes termos: “*Mitteleuropa, as it came to be known, was visualized as a customs union embracing not only Austria, but Italy, Switzerland and the Netherlands as well. The aim had the support of leading industrialists with access to the Emperor and the Chancellor. Given the mounting disparity between Germany and her neighbours, it was not illogical. It could, however, be attained only by first delivering a military knock-out blow to France, or alternatively by inducing France to enter a German-led combination directed against Britain and the United States. [...] William II expounded to the great industrialist Walter Rathenau his ideas for ‘an economic unification of the Continent as a defensive measure against the American reprisals policy of high tariffs. His plan’ was for a ‘United States of Europe against America.’ He thought that this would not be disagreeable to the British, and that they would come in...’ [...] A German-dominated Central Europe fitted into this kind of oligopolistic thinking, a not so distant forerunner of Hitler’s rather similar plans in 1939, with the difference that in 1912-14 European civilization had not yet spawned the phenomenon of the totalitarian one-party state. [...] If one subtracts William’s personal fantasies, which were inevitably of the Pan-German variety and included gloomy visions of a racial struggle between Slavs and Teutons, the scheme had all the familiar characteristics of politico-economic manipulation in the age of trustified capitalism. This is just what made it attractive to bankers and industrialists who in other respects had little use for the Hohenzollern dynasty.*”

¹⁸³ Vide, (novamente), ROMANO, 1918, p. 7.

¹⁸⁴ ROMANO, *op. cit.*, p. 11. No original: “*Che esista una certa tendenza alla formazione di alcune ampie strutture superstatali, abbiamo anche noi riconosciuto [...]*”.

acertam, em parte¹⁸⁵, os juristas alemães. O ponto nevrálgico, para Romano, é exatamente a motivação que pretende içar para além do Estado estas estruturas (tal qual uma espécie de von Münchhausen); a falha que se lhes segue naturalmente é pretender esfacelar, deste processo dito natural, a própria existência dos Estados.

Para Romano, a patologia que seguiria à lógica dessa conformação é, principalmente, a motivação econômica (e daí a política que se lhe segue). Para muito além da pretensão – no concreto – alfandegária, a pretensão à conformação de um ente seguiria a sorte das ‘potências’. Daí o forjar ‘corporativo’ de uma infinidade de pessoas das mais diversas ‘nações’ para além das fronteiras.

A artificiosidade da construção, portanto, olvidaria a imperiosa existência do pluralismo (leia-se aqui a luta de classes utilizada para a conformação *e.g.* dos sindicatos) econômico na medida em que pretenderia à homogeneização e supressão das realidades menores. Olvidaria ainda, por corolário lógico, os espontâneos laços criadores de vínculos entre os povos que, por consequência, distanciar-se-iam, estes últimos, ainda mais desse ente supraestatal, ora verdadeiro Pantagruel.

Reconhece, outrossim, o que afeta a presente análise, que muito embora não se reconheça a supressão natural dos Estados por entes ‘maiores’, todo organismo cuja existência seja fundada apenas em sua manutenção, e não em seu desenvolvimento, tenderia, eventualmente, a desaparecer. O fenecimento, porém, decorreria não da ausência de atividade expansionista/econômica na medida em que o fomento anterior utilizado para as associações ‘menores’ deve ser aqui também apreendido.

Além do que, para Romano, o desaparecimento dos Estados não se daria necessariamente pela absorção por entes tendencialmente maiores¹⁸⁶, mas por próprios entes Estatais, é dizer, pela formação de ‘novos’ Estados cujos laços reflitam com maior proximidade o cimento da vida social.

¹⁸⁵ *Id.*, *loc. cit.* Explique-se, consoante a sempre presente crítica no pensamento de Romano: “*Che tutto il mondo debba ridursi ad essere il campo di tre o quattro colossali sistemi politici, potrà essere il sogno di chi simpatizza con sfrenate idee imperialistiche, ma non la visione di un prudente osservatore della storia, che non sia corvivo a formulare una legge generale sulla base di fatti, che, sebbene non unici, restano sempre isolati*”.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 12. No original: “*La storia dimostra che simili tentativi conducono di solito, quando appaiono più fortunati, a dei simulacri di organizzazioni politiche, dalla vita effimera e apparente, che crollano sotto il loro stesso peso di giganti dal piedi di creta*”.

Eis, em parte, a apreensão teórica de Romano que se deve assimilar:

Verdade maior é que, desprovidos de sonhos utópicos ou ambições tipicamente imperialistas, sem atentar à independência dos demais e, zelando ciosamente a própria independência, cada Estado que não queira se condenar, deve mostrar para além das suas condições materiais, que lhe compete cumprir uma missão histórica, não apenas para os seus interesses particulares, mas também para aqueles de toda a humanidade. E para isto mister a constante e manifesta demonstração dos sinais da própria energia: especialmente aquela energia moral, da qual jamais como agora sentimos a primazia, para poder retornar, restituídos a nós mesmos, e prosseguirmos o caminho do nosso destino. Também nós podemos, compreendido no senso mais civil e mais humano, avocar o mote: para além do Estado.¹⁸⁷

Muito embora, portanto, reconheça Romano em certa forma a insuperabilidade do Estado, se analisada a sua projeção internacional, por organizações outras que pretendam desconsiderar o concreto da vida interna, é se de lhe reconhecer o mérito da coerência. Os elementos que imperam nas associações e cuja observância é o que lhes possibilita a força material (interna), mesmo que em face do próprio Estado, são projetados também (esses mesmos elementos) em uma seara maior de atuação. Romano visualiza já aqui, o que, porém, será efetivamente por ele maturado, a relação concomitante de sistemas jurídicos cuja existência observa, em grau aproximado, a mesma ordem de coisas.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 13. Do original: “Certo è che, senza sognare utopistici o semplicemente ambiziosi imperialismi, senza attentare all'altrui indipendenza e custodendo gelosamente la propria, ogni Stato, che non voglia da sé condannarsi, deve mostrare al di là dei suoi termini materiali, che esso ha da compiere una missione storica, non solo per i suoi particolari interessi, ma anche per quelli dell'intera umanità. E per questo fine occorre che esso dia continuamente e manifestamente segni della propria energia: specialmente di quell'energia morale, di cui non mai come adesso sentiamo tutti l'altissimo valore, per potere, completamente restituiti a noi stessi, proseguire sulla via del nostro destino. Anche noi potremo allora, intendendolo nel senso più civile e più umano, far nostro il motto: oltre lo Stato”.

Essa análise reforça ainda o que anteriormente dito, de forma explícita, pelo jurista palermitano acerca da não destruição, mas da construção desses sistemas que, como em uma realidade viva, inter-relacionam-se e atuam de forma sempre vinculada.

A crítica aos Impérios residira, então, tanto em seu fechamento em si mesmo – enquanto ‘todo’ ou sistema – como em seu distanciamento do cimento da realidade social – para além das falhas patológicas expostas.

É, fundamentalmente, dessa inter-relação dos sistemas jurídicos, dessas ordens internas integrantes (indissociáveis, no caso) de ordens maiores e cuja existência recíproca não prescinde desta constante observância espontânea que Romano teorizará, senão sua obra mais importante, certamente uma das quais se lhe autoriza outorgar o mérito inovador.

1.3 O INSTITUCIONALISMO ROMANIANO

Conformar a teoria à realidade, a partir desta, e não de forma contrária forjá-la sobremaneira em elementos arbitrários. Essa é, certamente, a pretensão do jurista palermitano ao teorizar, de forma acabada, *L'ordinamento giuridico*. Obra a partir da qual, então resultante de densa maturação reflexiva, apresenta os elementos finais de compreensão do todo, da realidade viva e da dinâmica inerente à teoria da instituição.

Restam claros, quando não explícitos, os elementos por Romano utilizados em oposição crítica tanto à juspublicística alemã como à escola francesa. Muito embora muitos dos institutos por elas ‘lançados’ sejam também por ele apropriados, sê-lo faz sempre de forma crítica, é dizer, embora aceite algumas premissas, aponta-lhes todas as falhas aparentes.

Afinal, se de alguma forma restam as teorias já esboçadas, mérito seu delas utilizar-se, mormente de forma crítica, para, então, superá-las em suas contradições e lançar, de forma inédita, uma visão ordenamental do complexo da realidade. Elemento esse que se manifesta de forma latente sobretudo na desconstrução daquilo quanto posto pelos teóricos de seu tempo; Romano, aqui, não faz apenas ‘voltar’ von Münchhausen para o real, mas, efetivamente, trata de afundá-lo por completo, aqui e lá.

Outrossim, os elementos teóricos lançados por Romano são sobremaneira claros. E, ainda que, por vezes, envoltos em definições não tão precisas, o que se pode supor premeditado, pois compreendidos num sistema unitário, indissociável e interdependente, apresentam,

certamente, uma precisão concreta muito latente. Não obstante isso, seguir-se-á na presente abordagem a concatenação teórica por Romano exposta de forma a fazer-se compreender não tão somente as definições, mas a própria realidade viva ‘unitária’ ali presente.

Parte, inicialmente, da disseminada compreensão equivocada do conceito de direito¹⁸⁸, cuja falha cognitiva reflete não apenas a redução deste à norma, mas, essencialmente, a incompreensão daí decorrente de tudo quanto fenômeno ‘jurídico’ se apresente. Por conseguinte, aponta as falhas teóricas daí surgidas e que refletem a própria compreensão (falha) do Estado, objeto do presente trabalho.

Pode-se afirmar, nesse peculiar, uma desconstrução generalizada do direito. Se Romano debruçara-se anteriormente, de forma prolongada, a fim de delimitar e definir primordialmente o direito público, retoma a referida premissa de forma a demonstrar o equívoco sobre o qual se fundamenta o direito público moderno. A falha cognitiva, consoante Romano, deve-se basicamente à fundamentação do direito público com base nos elementos de direito privado. Ao refletirem os institutos do direito privado, desconsidariam os teóricos a peculiaridade prevalente do direito público em si, é dizer, travestir (embora travestido) este último não lhe retiraria a essência¹⁸⁹, de todo, tão somente encoberta.

Disso decorre, também, a redução do direito à norma jurídica¹⁹⁰ com sua sorte de caracteres meramente formais e, por fim, a redução desta à mero elemento dotado de sanção¹⁹¹ do/pelo Estado. Faz-se convergir,

¹⁸⁸ Vide ROMANO, 1945a. p. 4 *et seq.*

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 7-8. Nesse sentido: “*Non già che sia da approvare la modernissima corrente dottrinarica che, esagerando questa verità, nega la distinzione fra il diritto pubblico e il diritto privato. Ma quest’ultimo è, senza dubbio, una semplice specificazione del primo, una delle sue forme e direzioni, una sua diramazione. Non soltanto esso è sospeso al diritto pubblico, che ne costituisce la radice e il tronco, ed è necessario alla sua tutela, ma è il diritto pubblico continuamente, per quanto talvolta silenziosamente, dominato*”.

¹⁹⁰ Impende ora registrar, não obstante esmiuçado encontra-se a análise específica do Estado adiante, que a compreensão do Estado aqui, para Romano, direciona-se não apenas ao Estado proposto por Jellinek e pela juspublicística alemã, mas também ao fenômeno sociológico proposto pela escola francesa ao pretender distinguir direito objetivo e direito subjetivo como elemento fundador e, simultaneamente, fundado.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 19-20. “*La sanzione infatti noi crediamo che possa non essere contenuta e minacciata in nessuna norma specifica [...] Il che val quanto dire che, quando si afferma che elemento del diritto sia la sanzione, si afferma, pur*

assim, senão no Estado, a potestade unitária cuja ‘titularidade/legitimidade’ implica a proposição de tudo quanto direito ‘seja’.

Há aqui uma nova remissão à premissa inicial apresentada por Romano. É dizer, muito embora trate de refutar a unidade Estatal como potestade que tende à homogeneização, avoca a totalidade (Estatal) como elemento de compreensão da própria realidade.

A falha inerente à compreensão do direito residiria exatamente no seu isolamento, na sua compreensão unitária e em sua não contemplação total¹⁹². Eis, aqui, um passo inicial, de todo distinto, de Romano, pois apresenta o complexo da realidade como ordenamento.

O direito, nessa primeira análise, a tudo envolve. É dizer, não obstante esteja contida a norma no direito, este não se resumiria à positivação legalista. Pelo contrário: é o todo vivo; envolve a realidade que regula ao tempo que envolve também a autoridade que ‘põe’ a norma. Engloba o elemento sanção, mas se refere também à consciência a partir da qual brota o íntimo, e reflete, para muito além da sanção, o comportamento humano de determinado grupo social. Ou seja, o ordenamento jurídico:

é uma entidade que se move em parte com as normas, mas, sobretudo, move-as como a peões em um tabuleiro de xadrez que acabam por refletir

non volendo, che il diritto non consta soltanto di norme giuridiche, e che questo sono collegate, anzi sospese, ad altri elementi da cui deriva ogni loro forza”.

¹⁹² Esclareça-se que a utilização do termo ‘totalidade’ faz menção à explanação de Romano ainda quando da exposição do Estado em sua compreensão total. A adoção do termo é, em parte, tendenciosa na medida em que a conclusão a que levará Romano é de todo similar em ambas as situações. Não obstante isso, há efetivamente o refutar, por Romano, do termo ‘unidade’, mas no sentido de ‘isolado’, ‘desconectado do real’ – que é também um corolário já exposto da premissa do Estado. Senão, veja-se: “*Se, invece, si ammette, come non è dubbio, che un ordinamento giuridico nel senso suddetto non è una somma di varie parti, siano o non siano queste delle semplici norme, ma un’unità a sé – e un’unità, si noti bene, non artificiale o ottenuta con un procedimento di astrazione, ma concreta ed effettiva – si deve altresì riconoscere che esso è qualche cosa di diverso dai singoli elementi materiali che lo compongono. È anzi da ritenere che non si può avere un concetto adeguato delle norme che vi si comprendono, senza anteporre il concetto unitario di esso. Così non si può avere un’idea esatta delle varie membra dell’uomo o delle ruote di una data macchina, se non si sa prima che cosa sia l’uomo o quella macchina.*”, Cf. *Ibid.*, p. 10-11.

mais o objeto e o meio da sua atividade do que propriamente um elemento de sua estrutura.¹⁹³

Compreendida, portanto, essa realidade total, viva, cuja correlação se lhe apresenta indissociável, Romano sintetiza – pois constantes de forma esparsa em momentos anteriores no pensamento do jurista – alguns dos elementos cuja imprescindibilidade apresenta-se enquanto caracterizadora do direito¹⁹⁴.

Inicialmente, o conceito de sociedade, sem o qual não haveria que se falar em direito. A sociedade, todavia, não se limita ao agrupamento humano porquanto exposta a já imprescindibilidade da condição *uti civis* anteriormente. Há, porém, aqui, embora utilize-se da mesma perspectiva, um fortalecimento do elemento social, pois a premissa de que tanto *ubi ius ubi societas* como *ubi societas ibi ius*¹⁹⁵ é, de forma efetiva, o que envolve o direito.

Porquanto presente (inerente aos) nos agrupamentos humanos, imperiosa a ideia de ordem social¹⁹⁶, precipuamente se considerada a impossibilidade de existência isolada. Ordem essa que deve ser

¹⁹³ *Ibid.*, p. 13. Do original: “*In altre termini, l’ordinamento giuridico, così comprensivamente inteso, è un’entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime che così rappresentano piuttosto l’oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura*”.

¹⁹⁴ Cf., *Ibid.*, p. 21 *et seq.*

¹⁹⁵ Esclareça-se que Romano não utiliza, neste ponto específico, o termo *uti civis* – que fora utilizado quando da análise dos direitos subjetivos já como condição, para além do indivíduo, é dizer, primazia do social, para a consideração do todo. No contexto do Ordenamento Jurídico, Romano utiliza-se dos termos *ubi ius ubi societas* e *ubi societas ibi ius*. Implica, isso, muito além do conteúdo contido no termo, mas a própria correlação entre os termos por ele pretendidos ao demonstrar a contínua inter-relação indissociável destes elementos (o que observar-se-á consoante o desenvolver do trabalho). Esclareça-se, porém, que “*Anzitutto deve ricondursi al concetto di società. Ciò in due sensi reciproci, che si completano a vicenda: quel che non esce dalla sfera puramente individuale, che non supera la vita del singolo come tale non è diritto (ubi ius ibi societas) e inoltre non c’è società, nel senso vero della parola, senza che in essa si manifesti il fenomeno giuridico (ubi societas ibi ius). Senonchè quest’ultima proposizione presuppone un concetto di società, che è assolutamente necessario porre in rilievo.*” Cf., *Id.*, *loc. cit.*

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 22. No original: “*Il concetto del diritto deve, in secondo luogo, contenere l’idea dell’ordine sociale: il che serve per escludere ogni elemento che sia da ricondursi al puro arbitrio o alla forza materiale, cioè non ordinata.*”

compreendida como constituição – organização, estrutura – na qual se forma uma unidade concreta.

A ordem social que é posta pelo direito não é aquela decorrente da existência de normas que regulam/disciplinam as relações sociais: estas não são excluídas [pela ordem social e, portanto, pelo direito], muito pelo contrário, se lhe servem e porquanto lhas engloba em sua órbita; ao mesmo tempo lhas supera por ir para muito além delas. O que significa que o direito, antes de ser norma, antes de se referir a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, atitude desta [mesma] sociedade na qual se desenvolve e que lha conforma a unidade, como ente que a si se basta.¹⁹⁷

A importância primordial do elemento social é também elemento negativo¹⁹⁸ de compreensão de tudo quanto direito não seja, é dizer, tudo quanto antissocial se apresente. Portanto, imperiosa a participação deste elemento “ordem” compreendido no sentido de ordenamento. Ocorre que este ordenamento apresenta-se para além dos indivíduos que dele fazem parte, disso a necessidade da unidade conformada desta ordem social. Essa unidade concreta apresenta, no pensamento de Romano, especificidades cuja importância impende ser registrada, especialmente, como forma de se compreender o intrincado proposital teórico.

¹⁹⁷ *Id.*, loc. cit. Do original: “L’ordine sociale che è posto dal diritto non è quello che è dato dalla esistenza, comunque originata, di norme che disciplinino i rapporti sociali: esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera. Il che vuoi dire che il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante”.

¹⁹⁸ Romano afirma que nada que seja social põe-se contrário ao direito, pelo contrário, tão somente apresentar-se-ia como antítese tão somente aquilo que apresenta-se como antissocial. Nesse sentido: “Non c’è nessun elemento, nessuna forza, nessuna norma sociale che si ponga necessariamente e assolutamente antitetica al diritto, o anche soltanto distinta da esso; l’antitesi o, comunque, la contrapposizione al diritto si ha esclusivamente in ciò che è irriducibilmente antisociale, ossia, per sua natura, individuale. Ciò che non ha da per sé tale carattere può rimanere fuori il diritto, finché non è sistemato in un’istituzione, finché non è plasmato nella forma, cioè nella struttura, nel regime di quest’ultima.” Cf., *Ibid.*, p. 37.

O direito não consagra apenas tão somente o princípio da coexistência dos indivíduos, mas se propõe sobretudo a vencer a fraqueza e a limitação das suas forças, de ir para muito além da sua transitoriedade, de perpetuar certos fins para além da mera vida natural, criando entes sociais duradouros e mais poderosos do que os meros indivíduos.¹⁹⁹

Há, aqui, uma clara composição de elementos antagônicos apresentados tanto pela juspublicística tedesca²⁰⁰ como pela escola sociológica francesa.

A unidade presente na ideia de ordenamento prescinde da redução à ideia de pessoa (sobretudo moral) erigida pelos alemães. Entretanto, retira-lhes Romano a compreensão do conceito de *Anstalt*²⁰¹ como algo

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 35-36. Do original: “*Il diritto non consacra soltanto il principio della coesistenza degli individui, ma si propone soprattutto di vincere la debolezza e la limitazione delle loro forze, di sorpassare la loro caducità, di perpetuare certi fini al di là della loro vita naturale, creando degli enti sociali più poderosi e più duraturi dei singoli*”.

²⁰⁰ Esclareça-se que a exposição teórica dos elementos presentes na juspublicística tedesca são objeto de análise constante no tópico 2.1 do presente trabalho. Muito embora tal, importa registrar a caracterizante da unidade estatal tedesca enquanto unidade de decisão moral personificada. O elemento caracterizador aproxima-se – à título esclarecedor, tão somente registra-se a afirmação – da compreensão inicial exposta por Romano do Estado-pessoa jurídica. Aqui, porém, Romano distancia-se desta compreensão ao desprezar de forma direta a personificação da instituição, senão “*Per i giuristi, l’istituzione non è stata altro, sino a qualche anno addietro, che una specie del genere persone giuridiche [...] Il concetto relativo è quindi ricorso solo nella dottrina dei soggetti morali del diritto, e poiché è noto che tale dottrina si è prima e più ampiamente sviluppata nel campo del diritto privato, l’idea di istituzione è rimasta infruttuosa, o quasi, proprio in quel terreno in cui è evidentemente maggiore la sua utilità, cioè in quello del diritto pubblico [...] Comunque, resta sempre vero che l’istituzione si è sempre concepita né più né meno che come persona giuridica. Occorre appena avvertire che non è in questo senso e in questa sfera così circoscritta, che noi adesso ne assumiamo il concetto.*” Cf. *Ibid.*, p. 23-24.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 25. No original: “*Nel campo poi del diritto amministrativo tedesco, è stata profilata la figura del pubblico istituto (Anstalt), che sarebbe, non una persona giuridica, ma un insieme, un’unità di mezzi, materiali o personali, che, nelle mani di un soggetto dell’amministrazione pubblica, son destinati a servire*

para além da pessoa jurídica: “um conjunto, uma unidade de meios, materiais ou pessoais destinados a um fim”.

Da escola francesa, por sua vez, embora reconheça o mérito de Hauriou ao “reconduzir ao jurídico”²⁰² a compreensão da instituição, se lhe atribui também a não conclusão teórica do próprio instituto. Conquanto diversas apresentem-se as discordâncias postas por Romano, neste específico, há uma divergência principal: recusar-lhe a ideia central de que a instituição seja a fonte do direito, não obstante dessa concatenação apreenda Romano também o conceito de autonomia²⁰³.

Decorre daí a necessidade de compreendê-la em sua individualidade, que é ‘própria’ e não se confunde, por corolário, com os componentes que lha integram. É dizer, a instituição mantém a sua individualidade apesar dos elementos componentes e, exatamente por esse motivo, a sua existência pode – e deve – ser compreendida de forma concreta, exterior e visível²⁰⁴.

A instituição seria, nesse liame teórico, um ente cuja peculiaridade permite a Romano negar o ‘personalismo estatalista’ e a compreensão ‘unitária de decisão moral direcionada’ dos alemães, ao tempo que lha permite utilizá-la, porém, aproximada do conceito de *Anstalt*. Nesse sentido, apresenta-a não como uma criação ficta (oposição ao Estado moderno), mas como “todo ente ou corpo social”²⁰⁵ que reflete (por congênito) a própria manifestação da natureza social que lhe permeia e que, por fim, lha caracteriza.

O carácter geral, portanto, conferido ao direito enquanto indissociável da instituição, porquanto também ordenamento, não é buscado por Romano em elementos fixos, genéricos e abstratos dos quais

d’una maniera permanente a un determinato interesse pubblico: l’esercito, una scuola, un osservatorio, un’accademia, le poste ecc.”.

²⁰² *Ibid*, p. 26. No original “*Il merito principale del giurista francese è, secondo noi, quello di aver posto avanti l’idea di sussumere nel mondo giuridico il concetto di istituzione ampiamente inteso, di cui finora non si avevano che tracce, anch’esse del resto lievi, nella terminologia, più che nella speculazione, politica e sociologica*”.

²⁰³ *Ibid*, p. 28. Neste sentido: “[...] *noi non crediamo che l’istituzione sia fonte del diritto, e che quindi questo sia un effetto, un prodotto della prima, ma crediamo che fra il concetto di istituzione e quello di ordinamento giuridico, unitariamente e complessivamente considerato, ci sia perfetta identità*”.

²⁰⁴ *Ibid*, p. 29.

²⁰⁵ *Id.*, loc. cit. No original: “*Per istituzione noi intendiamo ogni ente o corpo sociale. [A questa definizione, semplice e breve, occorre però far seguire un più lungo commento.]*”.

se socorrem os juristas. Ato contrário, na medida em que manifestação da realidade social, a própria instituição é que caracterizará, no limite, aquilo que se lhe apresenta enquanto direito, pois que organização a ela inerente.²⁰⁶

À aparente confusão dos conceitos (utilização dos termos) opõe-se a concatenação exposta por Romano, sobretudo pela clareza da exposição conclusiva, afinal “todo ordenamento jurídico é uma instituição e, vice-versa, toda instituição é um ordenamento jurídico: a equação entre os dois termos é necessária e absoluta”²⁰⁷.

Na medida em que exposta a compreensão do jurista acerca do reflexo da manifestação social como elemento de organização, conclui-se, por sua vez, também, que “reciprocamente, a instituição é sempre um regime jurídico”²⁰⁸.

Ou seja, e está é certamente uma inovação do jurista palermitano, no contexto em que analisada, a ideia de ordenamento, instituição e direito seriam equivalentes, pois intrincados de uma mesma relação:

Portanto, a expressão ‘direito’, em sentido objetivo, pode possuir, consoante nossa teoria, duas significações:

- a) Um ordenamento em sua completude e unidade, isto é, uma instituição; em segundo lugar:
- b) Um preceito ou um complexo de preceitos (sejam normas ou disposições particulares) sistematizadas ou agrupadas que, para distingui-las das não jurídicas, chamaremos de instituição; reforçando, assim, a conexão que possuem com o ordenamento todo, ou seja, com a instituição da

²⁰⁶ *Ibid*, p. 38-39. Esclareça-se “*Se il diritto non può concretarsi ed acquistare corpo se non nell’istituzione e se, viceversa, tutto ciò che, socialmente organizzato, viene assorbito come elemento di quest’ultima, acquista carattere giuridico, se ne può trarre il corollario che il diritto è il principio vitale di ogni istituzione, ciò che anima e tiene riuniti i vari elementi di cui questa risulta, che determina, fissa e conserva la struttura degli enti immateriali.*”

²⁰⁷ *Ibid*, p. 23. Do original: “*Ogni ordinamento giuridico è un’istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l’equazione fra i due concetti è necessaria ed assoluta.*”

²⁰⁸ *Ibid*, p. 39. Do original: “*Reciprocamente l’istituzione è sempre un regime giuridico.*”

qual são elementos. Esta conexão é suficiente para conferir-lhes o caráter de jurídico.²⁰⁹

Ei-lo, o mérito inovador de Romano: a simbiose²¹⁰, por assim dizer, teórica; não apenas o direito é manifestação social como também se projeta através da instituição, que, por sua vez, só se pode considerar enquanto tal se e somente se exprimir²¹¹ a ideia de organização²¹² e de unidade. Além disso, Romano rompe com a ‘tradição’ teórica ao apresentar a instituição como equivalente em todas as suas perspectivas, pois “de resto, antes e fora da instituição não pode existir direito

²⁰⁹ *Ibid*, p. 23. Do original: “*Cosicché l’espressione «diritto» in senso obbiettivo, secondo noi, può ricorrere in un doppio significato. Può, cioè, designare anzitutto: a) un ordinamento nella sua completezza ed unita, cioè un’istituzione; in secondo luogo: b) un precetto o un complesso di precetti (siano norme o disposizioni particolari) variamente raggruppati o sistemati, che, per distinguerli da quelli non giuridici, diciamo istituzionali, mettendo così in evidenza la connessione che essi hanno con l’ordinamento intero, ossia con l’istituzione di cui sono elementi, connessione che è necessaria e sufficiente per attribuire loro carattere giuridico*”.

²¹⁰ Utiliza-se aqui o termo simbiose para fazer menção a dois pontos teóricos opostos. Muito embora sejam pontos abordados na segunda parte do presente trabalho, se lhes esclareça de forma superficial. O primeiro refere-se notadamente ao pensamento de Jellinek ao apresentar o dualismo ‘direito e Estado’, é dizer, há direito na realidade social, mas tão somente após sê-lo ‘apropriado’ pelo Estado, que passa a projetá-lo; perfectibiliza-se, por assim dizer, tanto Estado como o próprio direito. Ambos podem ser considerados como tal tão somente após referida ‘interação’. O segundo ponto faz menção sobretudo à teoria de Hauriou ao apresentar o conceito de instituição assimilada à ideia diretriz e fundante, que seria a ideia da obra a realizar (pela instituição da qual se funda).

²¹¹ ROMANO, *op. cit.*, p. 36. Senão: “*Ciò significa che l’istituzione, nel senso da noi profilato, è la prima, originaria ed essenziale manifestazione del diritto. Questo non può estrinsecarsi se non in un’istituzione, e l’istituzione intanto esiste e può dirsi tale in quanto è creata e mantenuta in vita dal diritto*”.

²¹² *Ibid.*, p. 35. Esclareça-se, nesse sentido: “*La soluzione che a noi sembra debba darsi a tale problema è quella già accennata: l’istituzione è un ordinamento giuridico [...] Che questa sia un ordinamento non è dubbio: le parole organizzazione, sistema, struttura, edificio ecc., con cui la si qualifica, tendono per l’appunto a mettere in vista questo concetto, né diverso è il significato etimologico della parola « Stato », con cui si designa adesso la più importante delle istituzioni e prima si designavano anche altri enti pubblici, specialmente i Comuni. Che poi tale ordinamento sia sempre e necessariamente giuridico, risulta dall’osservazione che scopo caratteristico del diritto è per l’appunto quello dell’organizzazione sociale*”.

exatamente porque carece a própria organização que torna jurídica a norma”²¹³.

Ou seja:

Toda força que seja efetivamente social e, por conseguinte, seja organizada transforma-se em direito. Se essa força, por vezes, direciona-se contra uma outra instituição, pode-se pretender negar-lhe a característica de jurídica ou mesmo considerá-la como antijurídica, é dizer, o ordenamento jurídico contra o qual atua essa força como elemento de desorganização e força antissocial. [...] mas isto não exclui que, nestes casos, não se fale de instituições, de organizações, de ordenamentos que, tomados em suas individualidades, sejam jurídicos. Pelo contrário, não há direito que não na organização social.²¹⁴

O Estado²¹⁵, nessa perspectiva, porquanto instituição, é definido também não sob uma finalidade ética, política ou mesmo jurídica (no

²¹³ *Ibid.*, p. 42. Do original: “*Del resto, prima e fuori l’istituzione non ci può essere il diritto, appunto perché manca l’organizzazione che rende giuridica la norma. [Il diritto non può essere soltanto la norma posta dall’organizzazione sociale, come spesso si dice, ma è l’organizzazione sociale che, fra le sue altre manifestazioni, pone anche la norma.]*”.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 36-37. Do original: “*Ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasforma per ciò stesso in diritto. Che se essa, come talvolta accade, si esplica contro un’altra istituzione, ciò può essere un motivo perché le si neghi il carattere giuridico o la si consideri addirittura come antigjuridica dall’istituzione, cioè dall’ordinamento contro cui si rivolge e opera come forza disorganizzatrice e antisociale: [...] ma ciò non esclude che, in questi casi, non si abbiano delle istituzioni, delle organizzazioni, degli ordinamenti che, isolatamente presi e intrinsecamente considerati, siano giuridici. Viceversa, non è diritto ciò e soltanto ciò che non ha un’organizzazione sociale*”.

²¹⁵ Esta mesma perspectiva ordenamental, inerente à estrutura mesma em si de cada instituição, é utilizada também por Romano para fundamentar os elementos ‘constitutivos’ do Estado. Após esmiuçada crítica à construção estatal, sobretudo a realizada pela juspublicística tedesca e também pela escola sociológica, Romano afirma que e.g. a potestade do Estado não seria uma atribuição ‘jurídica’, um poder fundamentado no direito ou mesmo uma fundamentação fática, mas tão somente um caractere inerente ao seu próprio ordenamento. *Vide supra Ibid.*, p. 35; *vide* também, de forma mais esmiuçada: “*Invece, Stato e ordinamento giuridico statuale non sono, come si è detto, due diversi fenomeni, e neppure*

sentido da juspublicística alemã). O Estado, em Romano existe por meio do direito, ou seja, “do ordenamento que o constitui [...] o que significa que isso não diz respeito à sua missão e ao seu objetivo, quaisquer que sejam, mas que é somente o pressuposto, a condição necessária para que possa ser buscados seus fins.”²¹⁶

De fato, enquanto se pode perfeitamente conceber o conceito de direito sem o Estado, é impossível definir o Estado sem recorrer ao conceito de direito: não é [o Estado] uma união material de seres humanos, um simples agregado de fato e casual, mas uma comunidade organizada, ou seja, um ente jurídico, um dos diferentes ordenamentos jurídicos que a realidade nos apresenta. O Estado é, então, uma espécie do gênero ‘direito’.²¹⁷

Disso, porém, decorreriam duas questões principais. Em sendo todo ordenamento equivalente à instituição e, por sua vez, equivalente ao direito, o Estado restaria igualado à toda e qualquer instituição, ao menos em teoria; senão desprezando-se a realidade, resta a impropriedade (insatisfação) do conceito na pretensão de igualá-los os que não o são.

Para tanto, Romano utiliza-se da constatação do concreto para, então, fundamentar com bases jurídicas aquilo que se lhe apresenta. Dois

diverse manifestazioni di un medesimo fenomeno, ma viceversa sono l'identica cosa, e, quindi, ciò significa che un attributo essenziale dello Stato, qual è la sua potestà, non è mai extra o pregiuridico, ma nasce con esso e col suo ordinamento, che sempre la disciplina e la regola. Che essa poi sia potestà di porre un nuovo diritto, non vuol dire che precede il diritto: anche questa sua affermazione ed estrinsecazione si muove nell'orbita consentitale da un diritto preesistente, la cui prima vita è quella stessa di tale potestà” Cf., Ibid., p. 67.

²¹⁶ Ibid., p. 41. Do original: “[...] per mezzo del diritto, cioè dell'ordinamento che costituisce lo Stato, questo esiste e, quando esso lo tutela – il che può assorbire una parte notevole dell'attività statuale – altro non fa che tutelare se [sic] medesimo, la sua struttura, la sua vita; il che significa che ciò non riguarda la sua missione il suo scopo qualunque essi siano, ma è soltanto il presupposto, la condizione necessaria perché vengano ulteriormente perseguiti i fini statuali”.

²¹⁷ Ibid., p. 91. Do original: “Infatti, mentre il concetto del diritto si determina perfettamente senza quello dello Stato, al contrario non è possibile definire lo Stato senza ricorrere al concetto di diritto: esso non è un'unione materiale di uomini, un aggregato di fatto e casuale, ma una comunità organizzata, cioè un ente giuridico, uno dei vari ordinamenti giuridico che la realtà ci presenta. Lo Stato non è dunque che una specie del genere « diritto »”.

elementos são, à vista disso, de suma importância: a compreensão histórica do Estado e a relação recíproca entre estas instituições; consideradas todas jurídicas, logo, a compreensão das relações jurídicas entre elas estabelecidas.

Para o segundo elemento, *prima facie*, a relação entre as instituições observaria, essencialmente, o grau de integração entre elas, do que dependeria também uma relação de coordenação ou de subordinação. É dizer, há instituições que se bastam a si próprias²¹⁸ e há instituições que, por sua vez, apoiar-se-iam em instituições outras.

Essa perspectiva verifica, particularmente, a disponibilidade de meios próprios para alcançarem os fins que lhes seriam exclusivos ou mesmo a mera proteção²¹⁹. Assim, a relação entre as instituições observaria o ‘elo’ estabelecido entre os seus ordenamentos respectivos.

Portanto, muito embora seja cada instituição tomada em sua individualidade e considerada como um ente fechado, é efetivamente da convivência (concreta) que se podem verificar as relações respectivas e, neste peculiar, pode-se conceber o Estado em sua realidade histórica na medida em que não lhe seria exclusividade o elemento direito.

Tal premissa, embora reconheça instituições para além do Estado, avoca também, por outro lado, a compreensão ‘totalizante’ do Estado. Explica-se, esclarecido o ordenamento da instituição Estado, as relações deste com as pessoas que dele compartilham o ordenamento bem como as relações respectivas com as instituições menores observam a (partem de uma perspectiva) compreensão a partir do próprio Estado.

Nesse peculiar, reitera-se a compreensão do Estado enquanto resultante de um processo histórico específico, com suas mais diversas variedades – não, portanto, uma pretensa resultante geral, abstrata e universal indistintamente ‘aplicável’. Romano admite, assim sendo, a absorção pelo Estado das demais instituições, é dizer, concomitante ao processo de conformação do Estado moderno, instituições menores foram ora esfaceladas ora ‘absorvidas’ para a órbita²²⁰ centralizadora do Estado,

²¹⁸ *Ibid.*, p. 32. Nesse sentido: “*Ci sono istituzioni che s’affermano perfette, cha bastano, almeno fondamentalmente, a se [sic] medesime, che hanno pienezza di mezzi per conseguire scopi che sono loro esclusivi. Ce ne sono altre imperfette o meno perfette, che si appoggiano a istituzioni diverse, e ciò in vario senso. Può darsi infatti che a quest’ultime esse siano soltanto coordinate; talvolta invece si hanno enti maggiori in cui le prime si comprendono e a cui sono subordinate*”.

²¹⁹ *Id.*, loc. cit.

²²⁰ Cf., *Ibid.*, p. 92. Imperioso esclarecer que, embora Romano admita esta compreensão, rechaça, completamente, a conclusão a que leva o mesmo raciocínio exposto tanto pela juspublicística tedesca como pelo positivismo

quando não, para fora da órbita de atuação do Estado foram refutadas. Isso, porém, não implica o reconhecimento de que a este é lícito a tudo pretender determinar como ‘direito reflexo’ (a partir) do seu próprio ordenamento²²¹.

Imperiosa, assim, para a percepção dessa infinidade de ordenamentos que se inter-relacionam, ora coordenados ora subordinados, a compreensão exposta por Romano acerca das relações entre os diversos ordenamentos²²². Trata-se, efetivamente, de uma perspectiva de análise a partir da instituição Estado.

Mister ter-se em mente que, para tanto, decorrem da própria conformação desta instituição Estado os órgãos e as relações com as pessoas (também físicas) que em nome deste atuam. Há aqui uma manutenção da compreensão de atribuição de uma ‘parcela’ de competência na medida em que também atuam em decorrência desta conformação natural²²³. Nesse mesmo liame definem-se as relações com os entes menores, porém vinculados ao Estado, a exemplo dos municípios. Eles dependeriam da instituição Estado, da qual ‘retirariam’

sociológico. Muito embora sejam objeto específico de análise na segunda parte do presente trabalho, esclareça-se: “*È vero che molti enti, che prima erano verso lo Stato indipendenti o, almeno, più indipendenti, sono stati adesso attratti nella sua orbita o, se già c'erano, in un'orbita ancora più ristretta. È altresì vero che, in conseguenza di ciò, il loro ordinamento giuridico si è talvolta fuso con quello statuale, più o meno completamente. Ma è da negarsi, nel modo più reciso, che il sistema statuale sia divenuto l'unico sistema del mondo giuridico: anzi è da negarsi che siffatta concentrazione sia materialmente possibile*”.

²²¹ *Ibid.*, p. 75 et seq.

²²² Cf., *Ibid.*, p. 118. Corrobora que a compreensão reforça tão somente a análise jurídica entre os ordenamentos, senão “*L'analisi, che siamo proposti, delle relazioni fra diversi ordinamenti giuridici, si risolve necessariamente in quella della rilevanza che uno di essi può avere per l'altro. È chiaro, infatti, che se un ordinamento è, rispetto ad un secondo, irrilevante, ciò vuol dire che non c'è fra di essi alcuna relazione*”.

²²³ *Ibid.*, p. 120. Esclarecedora, nesse sentido: “*In primo luogo, abbiamo avuto occasione di accennare che di due ordinamenti l'uno può trovarsi in uno stato di subordinazione e di inferiorità rispetto all'altro, che è ad esso superiore. Ciò avviene quando un'istituzione è compressa in un'altra e concorre a costituirla, in modo che l'ordinamento della prima è, in un certo senso, accerchiato dall'ordinamento più vasto della seconda; oppure quando ambedue fanno parte di una terza istituzione, che pone l'una nella condizione di sovrastare all'altra. [...] Talvolta l'ordinamento superiore può determinare le stesse condizioni di esistenza e di validità di quello inferiore, come fa lo Stato, che domina così estesamente gli enti pubblici e privati che da esso dipendono*”.

seus ordenamentos de forma subsidiária ou, em concomitância com aquele, teriam suas ‘autonomias’ albergadas enquanto na atuação derivada também do Estado.

Seriam, assim, divididas, nesse particular, em instituições originárias e instituições derivadas; a análise partiria, conseqüentemente, tanto da origem (do estabelecimento e da fundação) como da caracterização de subsidiariedade ou não – portanto, sempre em relação a um outro ordenamento.²²⁴

Em relação às demais instituições, porém, o corolário não decorreria da própria conformação da instituição Estado, mas da relação efetiva com esta e, sobretudo, com o seu ordenamento – observada, sempre, a caracterização do elemento coordenação ou subordinação. Assim, no que se refere às demais instituições menores, destaca Romano: a instituição Igreja católica, as instituições ‘reguladas’ (reconhecidas) pelo Estado e, por fim, as instituições ignoradas ou mesmo, pelo Estado, consideradas ‘ilícitas’.

Muito embora a instituição Estado não reconheça como jurídico o ordenamento da instituição Igreja, tal ausência de reconhecimento não retiraria, de forma alguma, a característica ordenamental inerente à própria Igreja. Entende-se, assim, que são ordenamentos que se inter-relacionam, em partes, e se lhes negam certas características também de forma recíproca. São ordenamentos que convivem, ora aproximam-se (misturam-se ‘em partes específicas’) ora afastam-se de forma que, cada qual, mantém a sua organização, a sua estrutura e seus escopos próprios os quais que decorrem, todos, de sua própria conformação²²⁵ – considerada isoladamente, porém.

²²⁴ *Ibid.*, p. 112 *et seq.*

²²⁵ *Ibid.*, p. 98-99. Aponta, neste particular: “*L’ordinamento della Chiesa e quello di ciascuno Stato per le materie ecclesiastiche sono due diversi e distinti ordinamenti che hanno una propria sfera, delle fonti proprie, una propria organizzazione, delle proprie sanzioni, e non costituiscono, l’uno insieme all’altro, una vera unità. [...] Così lo Stato può, per esempio, consentire il matrimonio agli ecclesiastici, e la Chiesa può giuridicamente vietarlo; il primo può abolire l’obbligo delle decime, e la seconda può continuare ad imporlo, e via dicendo: ciascuna di queste facoltà, di questi obblighi, di queste esenzioni vale per l’ordinamento da cui deriva e sussiste per sé, indipendentemente dalle disposizioni contrarie dell’altro. Sono due mondi giuridici, l’uno dei quali può materialmente influire sull’altro, ma che giuridicamente restano o possono restare sempre distinti e autonomi*”.

As instituições reguladas pelo Estado²²⁶ possuem, também, seus respectivos ordenamentos, estruturas, escopos e são, por isso, tomadas em suas individualidades. Ocorre que, enquanto instituições cujo abrigo decorre do Estado, ordenamento maior que lhas engloba, há ou a conformação destas em consonância com o regime jurídico daquele ou o próprio estabelecimento destas a partir do próprio Estado (leis estatais no sentido positivo), exatamente enquanto condição de serem ‘permitidas’ pelo Estado. Este, inclusive, pode nelas interferir diretamente no caso de conflitos entre os ordenamentos e força-las ao ‘ajuste’, sob pena, exatamente, de serem declaradas anti-jurídicas.

Acerca das instituições tidas como ilícitas pelo Estado, afirma Romano fundar-se tal julgamento fundamentalmente em aspectos morais (a partir de uma perspectiva da ‘moral’ da instituição Estado). Logo, diante da não correlação do direito positivo com valorações morais, seriam, consequentemente, totalmente arbitrárias as referidas declarações.

A ilicitude destas instituições não pode e não poderá ter valor real senão em relação ao ordenamento estatal, que poderá persegui-las de todos os modos com os quais dispõe e, inclusive, determinar-lhes o fim, com todas as consequências, mesmo penais, que integram a sua órbita potestativa. Mas enquanto subsistam, é dizer, estejam constituídas, possuem ainda uma organização interna e um ordenamento que, considerado em si e por si só, não pode ser senão jurídico.²²⁷

Esclareça-se que, o fato de dispor o Estado de um ordenamento a persegui-las (as instituições ‘menores’) e declará-las, ou não, ilícitas, com todas as consequências daí decorrentes, avoca essencialmente – e resta, assim, também vinculada –, a eficácia do seu próprio ordenamento. Nesse particular há, tal qual a força material latente nos *e.g.* sindicatos

²²⁶ *Ibid.*, p. 102 *et seq.*

²²⁷ *Ibid.*, p. 100-101. Do original: “*La illecita di esse non vale e non può valere se non di fronte all’ordinamento statale, che potrà perseguirle in tutti i modi di cui dispone e quindi determinarne anche la fine, con tutte le conseguenze, anche penali, che rientrano nella sua potestà. Ma finché esse vivono, ciò vuol dire che sono costituite, hanno un’organizzazione interna e un ordinamento che, considerato in sé e per sé, non può non qualificarsi giuridico*”.

constatada por Romano anteriormente, essa mesma força iminente a ser considerada em relação ao ordenamento sobre o qual se ‘opõe’.

Por fim, uma vez tratadas as relações com os entes menores cujo abrigo verifica-se no Estado, pois envoltos em sua órbita ordenamental potestativa, impende apontar a compreensão de Romano acerca do direito internacional em sua relação ordenamental com o (a partir do) Estado.

Posto que o convívio entre os Estados, em suas relações recíprocas, encontra-se, no concreto, devidamente ordenado, compreende Romano que o direito internacional refletiria, na medida em que congênito, também uma instituição. Instituição que independe dos membros componentes e que, conseqüentemente (apesar deles), poderia ser tomada em sua peculiaridade. Muito embora não disponha de órgãos, tal qual as demais instituições, restaria, ainda assim, caracterizado o direito internacional como um poder impessoal e não subjetivo que, pois, não restaria vinculado e subordinado aos Estados.

Ponto elucidativo consoante a exposição de Romano é que, enquanto organização, caracterizaria o direito internacional *ius supra partes*²²⁸; pressuporia, portanto, a independência do Estado a própria existência anterior do direito internacional que se lhe reconhece.

²²⁸ *Ibid.*, p. 48-49. Esclarecedora a desconstrução teórica proposta por Romano neste particular ao afirmar que a independência do Estado pressuporia o reconhecimento pelo direito internacional e, mais, a ideia de que “*Se gli Stati sono indipendenti l'uno dall'altro, questa loro condizione, dal punto di vista giuridico, non è preesistente al diritto internazionale, ma è posta da esso; e il principio per cui ogni Stato non può essere obbligato se non da norme che esso medesimo contribuisce a formare con la propria volontà, è un principio di diritto internazionale positivo, che presuppone quindi già costituito e in vigore quest'ultimo*”.

2 O PENSAMENTO DE SANTI ROMANO: INFLUÊNCIAS TEÓRICAS

“Esses homens! Todos puxavam o mundo para si, para o concertar concertado. Mas cada um só vê e entende as coisas dum seu modo. Montante, o mais supro, mais sério – foi Medeiro Vaz. Que um homem antigo... Seu Joãozinho BemBem, o mais bravo de todos, ninguém nunca pôde decifrar como ele por dentro consistia.”

Guimarães Rosa

Particularmente à França deve-se não apenas o mérito da teorização jurídica da soberania realizada por Jean Bodin²²⁹, mas o próprio reverter situacional quando da projeção potestativa na então forjada nação. Se é certo que Bodin, de forma bem acabada, teorizou os elementos jurídicos de conformação potestativa no Monarca e contribuiu para a centralização teórica e fática do então nascedouro Estado, certo é também que à Revolução Francesa deve-se o erosionamento – fático e teórico – daquela mesma concentração (então) desmesurada; consequentemente, a sua ulterior projeção de titularidade senão na nação²³⁰. Construção laboriosa, certamente; não, porém, inefável à

²²⁹ No mesmo sentido *vide* FIORAVANTI, 1999, p. 72. “*La figura più emblematica in questo senso, nella cui opera troviamo già ben espressi i caratteri della moderna sovranità, ma ancora in presenza di una buona parte della tradizione medievale, è sicuramente quella di Jean Bodin [...]*”

²³⁰ *Cf.* FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne**. Torino: G.Giappichelli, 2014, p. 65. Nesse sentido: “*Infatti, da una parte la rivoluzione è tale proprio perché rifiuta la dimensione istituzionale della rappresentanza, proprio perché afferma il diritto originario del popolo, o della nazione, di autorappresentarsi, sfuggendo così finalmente alla logica tradizionale dell’antico regime [...]*”. Mais precisamente naquilo que tange à caracterização das Constituições do Novecento, prossegue precisamente: “*Nell’ambito nuovo dello Stato costituzionale, il popolo esercita la sovranità nelle ‘forme’ e nei ‘limiti’ dettati dalla Costituzione [...] vide Ibid., p. 160.*”

também francesa²³¹ escola sociológica, que trata, de forma primorosa²³², de desconstruí-la enquanto portadora de dogmas os mais diversos.

Por outro lado, conquanto resultante de um processo de conformação historicamente situado e, nesta perspectiva, com peculiares variantes, pode-se, senão se deve, atribuir a teorização jurídica do Estado – em sua aceção moderna –, especialmente, à juspublicística alemã²³³.

²³¹ Cf. DUGUIT, Leon. **Souveraineté et liberté** : leçons faites à l'Université Colombia (New York) 1920-1921. Paris : Félix Alcan, 1922, p. 98. Obviamente, conforme restará demonstrado, Duguit deleita-se quando da desconstrução do dogma da soberania nacional. Entretanto, esclarecedora a crítica presente no pensamento do jurista: *"En 1789, on a cru, avec la même ferveur, à cette sorte de divinité terrestre qu'est la souveraineté nationale. Le dogme a eu ses apôtres et ses martyrs. La foi ardente à la souveraineté du peuple a soulevé les masses, a renversé les trônes, a fait le monde politique moderne. L'homme a toujours été porté, pour expliquer ce qu'il voit, à placer, derrière les phénomènes qu'il aperçoit, des forces surnaturelles ou métaphysiques qu'il ne voit pas"*.

²³² *Ibid.*, p. 55-56. A sagacidade – não apenas, mas principalmente – de Duguit, permite-lhe não apenas desconstruir aqueles teóricos cuja 'nacionalidade' se lhe compartilha ou cujos louros repousam por sobre ali vizinho, mas o leva muito além, a desconstruir e assimilar o processo de forjar em 'heróis' outros 'nacionais', certo da reação que, ao tempo da escrita, motivara essa desconstrução. Registre-se, assim: *"Pendant cette lutte séculaire contre la domination étrangère, qui a réveillé le sentiment national qui paraissait endormi, qui a incarné la défense nationale ? Une humble fille du peuple, née dans la Lorraine, dont on a eu l'audace de prétendre qu'elle n'était pas une terre française. Loin de moi la pensée de contester l'historicité de Jeanne d'Arc. Seulement, si je parle de Jeanne d'Arc, ce n'est pas en historien, mais en sociologue. Je veux dire par là que, dans l'histoire de Jeanne d'Arc, je ne vois qu'un fait social dont les détails, vrais ou faux, m'importent peu, un fait qui nous révèle encore que la volonté qui a fait l'âme nationale française, ce n'est pas une volonté venant d'en haut, mais une volonté venant d'en bas. Jeanne d'Arc symbolise et synthétise cette volonté collective de la masse populaire, qui s'est redressée pour chasser l'Anglais au xv siècle, comme l'armée française, exclusivement nationale, s'est redressée sur les bords de la Marne, dans les ravins de Verdun, en 1914 et en 1916. Jeanne d'Arc au XV^e siècle symbolise l'âme nationale, comme le poilu de 1914. Au XX^e siècle comme au XV^e, c'est dans la masse profonde du peuple que l'âme nationale se révèle et vibre spontanément"*.

²³³ Cf. FIORAVANTI, 1999, p. 131. Nestes termos, elucidativo: *"[...] il bisogno di ricercare un'idea-cardine, su cui far leva in modo da individuare uno stabile nucleo fondamentale della esperienza politica postrivoluzionaria, per sua natura sottratto alla forza corrosiva della lotta politica, all'influenza diretta delle forze e degli interessi particolari, come anche a quella illimitata e permanente sovranità del popolo che il nostro stesso costituzionalismo da sempre temeva"*.

Nesse ponto se lhes deve o mérito de, diante de uma realidade esparsa e esfacelada cuja base privatista do direito ali se clareou na pandectista, constatar a inexistência do então Estado. Nesse sentido, a constituição feudal – remanescente de liames menores que corroíam, assim, um poder forte e também refreavam, tal qual na França, a concentração do poder –, acarretara não apenas a teorização bem acabada do Estado, mas, em sentido adverso, a sua fundamentação como elemento de coesão e realização total.

De que tal ‘movimento adverso’ tenha sido originado (ou reforçado) por uma visão romantizada do Estado, de todo assimilado à Deus – enquanto representação de unidade moral onipotente na Terra –, impende registrar o (também) mérito, essencialmente, de Hegel²³⁴; é, efetivamente, este que, quando do pretense afastamento dos elementos

Questa idea venne dalla Germania. È l'idea della costituzione statale, che ritroviamo prima di tutto nell'opera di Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), massimo interprete in Germania della trasformazione costituzionale in atto”.

²³⁴ *Ibid.*, p. 132-133. Esclareça-se: “Ma c’è ancora di più, nel testo di Hegel. C’è uno sguardo assolutamente acuto e originale rivolto alla Francia. Secondo Hegel, quel paese aveva distrutto la propria costituzione già nel corso dell’antico regime, perché non era stato capace di disciplinare le spinte particolaristiche della propria nobiltà, che era stata lasciata libera di sviluppare i propri privilegi «fino al grado supremo e più urtante». Da qui, in definitiva, era venuta la rivoluzione. Non per questo però quel medesimo paese, la Francia, aveva demolito lo Stato, né certo la stessa rivoluzione aveva voluto procedere in tale direzione. Hegel vedeva bene che la Francia aveva un’amministrazione, un sistema finanziario e tributario, un esercito, ovvero tutto ciò che alla Germania mancava. Quest’ultima, all’opposto, era rimasta così attaccata alla propria costituzione tradizionale di origine feudale e consuetudinaria da illudersi di poter affrontare i tempi nuovi senza Stato. In una parola, la Francia ha uno Stato, ed è, dopo la rivoluzione, alla ricerca di una costituzione. La Germania, al contrario, ha una costituzione, ma si ostina a non ricercare quel che le serve per esistere politicamente, ovvero uno Stato”. No mesmo sentido, vide HESPANHA, A. M. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 367, nestes termos: “Reflectindo sobre a situação política alemã, Hegel considera que o grande déficit da sua pátria é constituído pela falta de ‘sentido de Estado’. Ou seja, pela falta de uma ideia integradora que discipline os direitos históricos dos vários Estados alemães, ultrapassando a constituição pluralista e atomista do Império alemão no sentido de um Estado unificado”.

que corroíam (refreavam) o então nascedouro Estado, possibilita, de forma inovadora, a teorização do Estado Alemão²³⁵.

Resguardadas as idiossincrasias inerentes, assimilação próxima decorre também da constatação realizada por Romano quando – em movimento contrário – da análise dos elementos menores que corroem o (já conformado) Estado e provocam, assim sendo, o seu falimento. Nesse particular é, essencialmente, do falimento do Estado moderno e da ‘ascensão’ dos entes menores que se lança, Romano, como pensamento inovador. Ideia similar é verificada também em Hauriou ao afirmar que não há Estado, não há nação, se o fato social que lhes caracteriza inexistir.

Consoante assevera Fioravanti²³⁶, é do anseio à uma ordem, essencialmente ‘equilibrada’, que se busca um “estável núcleo fundamental”²³⁷ de organização política, o qual é projetado, por assim dizer, na ideia de Constituição Estatal. Anseio que contempla, de forma bastante acabada, não apenas a ideia unificante dos elementos díspares então presentes na realidade (europeia), mas, para muito além da ideia de norma ordenamental que regula e garante os direitos, a decorrente ideia de uma ordem fundamental na qual são observadas as individualidades na própria convivência civil, é dizer, do todo. São também contemplados, corolário intrínseco, os elementos de coesão social – no sentido de prevalência do universal por sobre as particularidades que corroem (corroeríam) o poder –, e, portanto, o ‘necessário’ Estado forte.

A ideia matriz é, ainda consoante Fioravanti, de que “as constituições do século XIX não pretendiam ser democráticas e populares, mas tampouco monárquicas como o modelo constitucional Prussiano: pretendiam tão somente ser Constituições estatais”²³⁸. O que, não obstante ser atribuído o passo inicial à Hegel, é contemplada enquanto teorização bem-acabada precipuamente à Georg Jellinek.

²³⁵ É esta a conhecida afirmação de Hegel, proferida em 1803 ao constatar que “A Alemanha não é mais um Estado”. Cf., Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: **Die Verfassung Deutschlands**, in: G. W. F. Hegel: Frühe Schriften, Werk 1, Suhrkamp Tachenbuch, Frankfurt/M., erste Auflage, 1986, p. 461. No original: “Deutschland ist kein Staat mehr” e, portanto, “Was nicht mehr begriffen werden kann, ist nicht mehr”.

²³⁶ FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 130 e ss.

²³⁷ *Ibid.*, p.131. Do original: “[il bisogno di ricercare un’idea-cardine, su cui far leva in modo da individuare] uno stabile nucleo fondamentale [della esperienza politica postrivoluzionaria...]”.

²³⁸ *Ibid.*, p. 137. Do original: “Le Costituzioni del XIX secolo non volevano essere democratiche e popolari, ma neppure monarchiche nel senso del modello costituzionale prussiano: volevano essere semplicemente Costituzioni statali.”

Senão:

É este, em uma palavra, o Estado de Direito que nos últimos anos do século XIX assume sua forma teórica definitiva, recebida em diversos países europeus graças à obra de Georg Jellinek (1851-1911) certamente o maior jurista tedesco entre o *Otto* e *Novecento*.²³⁹

A abordagem da escola Francesa, neste caso representada por Leon Duguit e Maurice Hauriou, apresenta elementos aproximativos bastante pertinentes. A hum porque apresentam-se enquanto oponentes do formalismo jurídico e, singularmente, do positivismo estatalista; mas, notadamente enquanto teóricos realistas que o são, por apresentarem (ou aperfeiçoarem) os fundamentos sociológicos²⁴⁰ do direito e – nesse sentido, em oposição à escola Alemã – compreenderem o direito como elemento para além dos limites e confins do Estado.

A dois, não por estarem destacados do movimento do final do *Ottocento* como elemento (corrente) de oposição ao individualismo liberal – cujas bases foram claramente positivadas nos ideários jacobinos da Declaração de 1789 –, mas por dele participarem de forma peculiar. É dizer, nessa perspectiva, por fornecerem as bases de uma interpretação comunitarista, quicá socialista – no sentido não político, mas no que tange à compreensão das bases próprias do direito enquanto finalidade social comum²⁴¹.

²³⁹ *Id.*, loc. cit. No original: “È questo, in una parola, lo Stato di diritto, che proprio negli ultimi anni del secolo assunse la sua forma teorica definitiva, poi recepita in diversi paesi europei, grazie all’opera di Georg Jellinek (1851-1911), certamente il massimo giurista tedesco tra Otto e Novecento”.

²⁴⁰ Muito embora, consoante assevera Hauriou, se detenha sua análise, ao contrário de Jellinek, não puramente em elemento sociológicos, mas sobretudo jurídicos – institutos do direito administrativo. Vide HAURIU, Maurice. **Préface sur le droit public**. Bar-le-Duc :Contant-Laguerre, 1906, p.VIII. No original : “Dans cette préface, je n’ai pas à donner d’indications sur la théorie juridique de l’institution considérée en elle-même, ce serait faire double emploi, mais je puis signaler que j’en dois les éléments techniques au droit administratif. D’abord, si l’institution m’est apparue comme une individualité juridique et non pas seulement comme une de ces notions purement sociales que Jellinek écarte de la théorie juridique de l’État, c’est bien grâce à la contemplation du monde administratif”.

²⁴¹ Cf. PANARARI, Massimiliano. Léon Duguit e il suo tempo. In: Duguit, Leon. **Le trasformazioni dello Stato**. Torino: Giappichelli, 2003, p. 9-25. Neste

León Duguit rompe, de forma clara, a conformação das bases jurídicas jacobinas vivenciadas na França com todos os elementos congêntos. É dizer, rompe com os fundamentos do centralismo não apenas do Estado, mas da própria ‘unidade’ do corpo social projetada na compreensão de nação [matriz diversa da compreensão norte-americana]. Por sua vez lança, assim, os elementos facilitadores, senão de todo inovadores, para fazer ruir o edifício teórico-jurídico Estado; até então tido como único elemento (realidade) possível.

Maurice Hauriou, no que lhe concerne, parte dos mesmos fundamentos teóricos iniciais de Duguit, com a inovação, porém, ‘aperfeiçoada’ acerca dos corpos intermediários que realizam, por assim dizer, o direito enquanto elemento fundador e finalístico das instituições. Se por um lado é bem verdade que a análise de Hauriou sobre as instituições em si não foi refinada teoricamente, no sentido de não tê-las esmiuçado em seus pormenores, é bem verdade, por outro lado, que são apresentados elementos concorrentes ao então Estado romantizado tedesco.

Juspublicística alemã e Escola sociológica francesa, enquanto matrizes que ‘fornecem’ elementos opostos e cujo embate permite, para além das influências teóricas claras do jurista palermitano – seja em oposição seja em aceitação, ainda que em maior ou menor medida ambas absorvidas – tanto a análise da crítica teórica respectiva como, ainda, a compreensão assimilada dos elementos utilizados por Romano. Eis, portanto, a finalidade do segundo capítulo.

2.1 A JUSPUBLICÍSTICA ALEMÃ: DA REJEIÇÃO À ABSORÇÃO

Conquanto resultante de um processo de conformação historicamente situado, com peculiares variantes, pode-se atribuir a

particular, acerca de uma leitura ‘inovadora’ no que tange à “conciliação do socialismo e do individualismo conforme a compreensão do desenvolvimento pleno do indivíduo e do meio-social de forma recíproca”, pontua que “*L'autore dell'État attinge a piene mani dalla psicologia sperimentale del suo tempo per corroborare una delle proprie tesi fondamentali (e più innovative): la conciliazione di socialismo e individualismo, per cui, bandita ogni falsa contrapposizione, allo sviluppo della sociabilità del singolo si accompagna l'accrescimento dell'individualità e viceversa, secondo una sorta di relazione di proporzionalità diretta.*” vide *Ibid.*, p. 14.

teorização jurídica – em sua acepção moderna – do Estado à juspublicística alemã.

É sobretudo da teorização do *Staatsrechte* e da *Staatlichkeit* que toma corpo o aperfeiçoamento da compreensão unitária do Estado como elemento jurídico de decisão totalizante e de racionalização decisória. Totalizante na medida em que a juspublicística germânica não nega a pluralidade ordenamental, mas, exatamente por reconhecê-la como inerente à totalidade social, trata de distingui-la aquela que tangeria ao Estado. Assim, o ‘direito’ só o é se e somente se expresso (manifesto) através do Estado que, por sua vez, só pode ser considerado como tal (também) se e somente se expressa (manifesta) o direito.²⁴²

Ou seja, há uma constante dialética que justifica a ambos – direito e Estado – reconhecendo-os da/na realidade social, porém, com a

²⁴² Cf. HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Muito embora a análise da juspublicística alemã delimite-se, no presente trabalho, essencialmente à Jellinek, tanto pela complexidade quanto pela proximidade teórica-acadêmica vivenciada com Romano, utilize-se de empréstimo a exposição clareadora acerca da aparente dialética estatal publicada inicialmente em alemão em 1934, sob o título original ‘*Staatslehre*’, de Heller. A clareza expositiva do jurista explique, talvez, a excepcionalidade da tradução direta do original dentre aqueles tidos por ‘clássicos’. Esclarece assim Heller: “Se tratarmos de determinar a relação em que atualmente se encontram o Estado e Direito, partindo do fato de ser êste aquela ordenação normativa social estabelecida e garantida pelos órgãos da organização estatal, não podemos considerar nem o Estado nem o Direito como um *prius*, mas como entidades que se acham entre si em correlativa vinculação.” (*Ibid.*, p. 228). Em continuidade ao quato exposto, reitera a imperiosa relação que mantém a ambos – Estado e Direito, de forma indissociável: “O poder do Estado diferencia-se de tôdas as outras formas de poder político porque tem à sua disposição a ordem jurídica estabelecida e assegurada por órgãos estatais.” (*vide Ibid.*, p. 248). E, por fim, de forma a não deixar o pensamento do jurista desligado da finalidade outra que segue, de forma geral, o pensamento alemão teorizado já em Hegel, afirma Heller que: “Todo poder estatal, por necessidade existencial, tem que aspirar a ser poder jurídico; mas isto significa não somente atuar como poder em sentido técnico-jurídico, mas valer como autoridade legítima que obriga moralmente à vontade” (*vide Ibid.*, p. 261), afinal, considerado o contexto teórico: “A política e o Estado encontram-se, em verdade, estreitamente relacionados tanto conceitualmente como na realidade, mas não devem ser identificados. Não é só o Estado que desenvolve puro poder político, mas também os grupos políticos intra-estatais ou interestatais como os partidos, as alianças, a Sociedade das Nações e, além disso, outros grupos cuja função não é, em si, política, como as Igrejas e as associações patronais e operárias.” *Vide Ibid.*, p. 248.

peculiaridade necessária a não igualá-los a todo e qualquer teor ordenamental social, trata de distingui-los e projetá-los, por assim dizer, senão no (por meio do) Estado.

Por simplória que possa parecer referida teorização, é nela que se transfigura o Estado como ente dotado de superioridade (inclusive a jurídica) e, desse modo, são ‘assimiladas’ ou ‘absorvidas’ as realidades menores.

Assimilação essa que, associada à já maturada teorização da soberania como *summa potestas*, é projetada não mais no Monarca, mas no próprio Estado²⁴³ e, conseqüentemente, a perspectiva jurídica daí decorrente tonifica-se como elemento potestativo superior do/no Estado.

O que a juspublicística alemã definirá de – *Staatsgewalt*²⁴⁴ – possibilitará a compreensão, dentre outros, da relação jurídica entre Estado ‘pessoa-jurídica’ e cidadãos ‘pessoa-física’ não como relação intersubjetiva, mas como relação reflexiva²⁴⁵, é dizer entre um sujeito e

²⁴³ Pontue-se, consoante asseverado no tópico 1.1.3 do presente trabalho, o Estado como objeto do soberano (*der Herrscher*), conforme teorização de Seydel.

²⁴⁴ Muito embora encontre-se termos na doutrina Alemã que representariam, por assim dizer, também esta caracterizante peculiar do poder do Estado, essa distinção potestativa que decorre da natureza mesmo inerente segundo a qual se lhe depende a existência, utiliza-se o termo cunhado enquanto poder peculiar de força, mas direcionado sobretudo pela unidade cuja finalidade é moral. Nesse sentido: “*Der Staat als Persönlichkeit hat eine eigenthümliche Willensmacht, die Staatsgewalt. Sie ist das Recht zu herrschen, d. h. das Recht, zur Ausführung der im Staatszwecke liegenden Aufgaben einen das ganze Volk verbindenden Willen zu äussern. Dieser Willensinhalt unterscheidet die juristische Persönlichkeit des Staats specifisch von den juristischen Personen des Privatrechts. Durch die Unterwerfung unter das staatliche Herrschaftsrecht treten Menschen und Dinge in ein eigenthümliches Rechtsverhältniss zum Staate. Das dialektische Mittel, welches der Jurisprudenz zur näheren Bestimmung desselben zu Gebote steht, ist dieses, dass sie die beherrschten Menschen und Sachen als Objekte des staatlichen Herrschaftsrechts auffasst.*” Cf. GERBER, 1880, p. 226.

²⁴⁵ O conceito do *Reflexrecht* é termo presente nas críticas esboçadas por Romano. Não obstante o jurista palermitano critique uma espécie de enfoque de “coisa”, que seria atribuído, no caso, ao indivíduo como objeto senão do próprio Estado, origem, portanto, daquilo que seriam os direitos seus, ilustrativo apontar que, para Gerber, a construção deste conceito não refletiria a relação de propriedade. Muito pelo contrário, isto decorreria da própria visão tipicamente germânica da totalidade Estatal e do já anteriormente exposto dualismo ou mesmo dialética existente entre os dois conceitos – Estado e Direito – ; portanto, na medida em que inexistia direito que não aquele que ‘é manifesto pelo Estado’ para atender a finalidade moral através da decisão unitária, por corolário tangente não se poderia

um ‘objeto’ desse sujeito – na medida em que não se pode concebê-lo senão integrado ao Estado.

A compreensão, pois, dos *Reflexrecht* – assimilada ao *Staatsgewalt* – permite a ulterior teorização do *status subjectionis* e a fundamentação jurídica do poder político do Estado de forma outra que não a então concebida compreensão metafísica dos contratualistas e nem tampouco da *summa potestas* teorizada por Bodin.

Registre-se que, ao refutar a compreensão liberal do contratualismo²⁴⁶, a juspublicística alemã projeta no Estado – portanto,

conceber a condição do indivíduo senão também em relação com o próprio Estado (na medida em que fala-se de indivíduo integrante de um Estado). Nesse sentido: “*Was es bedeute, Gegenstand der Staatsherrschaft zu sein, ist nicht daraus zu entnehmen, was es bedeute, Gegenstand einer sachenrechtlichen Befugniss zu sein, sondern lediglich und allein aus dem Inhalte und Zwecke des staatlichen Herrschaftsrechts. Das Eigenthümliche des Letzteren besteht nun darin, dass es keineswegs mit der Unterwerfung der seinem Kreise angehörnden Personen abschliesst, sondern mit der Subjektion und durch sie zugleich eine Reihe der wichtigsten Befugnisse verleiht, die staatsbürgerlichen, insbesondere die politischen Rechte, welche gewissermaassen den Charakter einer Gegengabe haben. [...] Aus dieser Betrachtung ergibt sich, dass die rechtliche Formulirung des staatlichen Unterworfenenseins für das System als das prinzipale, gestaltgebende Element erscheinen muss, dass dagegen die Darstellung der staatsbürgerlichen Rechte, welche ich bildlich, um ihr genetisches Verhältniss zu kennzeichnen, Reflexrechte genannt habe, sich als das Abgeleitete hieran anschliessen hat. Es beruht auf einem Mangel an Verständniss systematischer Fragen, wenn man eine Geringschätzung der staatsbürgerlichen Rechte darin hat erblicken können, dass sie „nur“ als Reflexrechte in Rücksicht genommen seien.*” vide *Ibid.*, p. 229-230.

²⁴⁶ Neste peculiar, urge reiterar a todo o momento a sempre constante finalidade moral do Estado alemão, cuja unidade centralizada deve prosseguir refletindo também no interno individual aquela mesma finalidade (buscou-se analisar essa finalidade no pensamento de Jellinek – vide 2.1.1 adiante). Entretanto, o ponto do contratualismo direciona-se para a compreensão dos direitos e deveres enquanto correlação dos indivíduos que se submetem ao abstrato e metafísico poder do Estado; recebem, assim, prestações positivas deste último ou, em sentido contrário, em não as recebendo (prestações positivas), estariam ‘legitimados’ a ‘deslegitimar’ o contrato fundante. Este erro seria, portanto, superado. Neste sentido, para além de Jellinek, vide SEYDEL, 1873, p. 2. No original : “*Der Staat ist also ein Erzeugniss menschlichen Willens, und dieses ist der richtige Gedanke, aus welchem die allerdings in's Absonderliche ausgebildete Theorie vom contrat social hervorgegangen ist. Das Unrichtige an dieser Lehre ist, dass sie den rechtlichen Begriff des Vertrags da anwendet, wo*

no direito público/político –, fundamentos outros que não passíveis de ‘resistência’ pelos ‘súditos’. Tem-se, então, elementos teorizados suficientes para a compreensão totalizante do Estado²⁴⁷ e, conseqüentemente, do direito daí decorrente enquanto poder de estatalidade – *Staatlichkeit*²⁴⁸.

Sem a pretensão de reduzi-los todos, porém, também, sem esmiuçá-los todos em seus pormenores, pode-se lhes atribuir a influência direta do pensamento de Hegel, sobretudo por romper, este último:

[...] definitivamente com a legitimação contratualista do direito, estabelecendo a ideia de que a lei há-de-valer, não por ser o produto da vontade geral, mas por traduzir a ‘vontade’ do Estado, como portador da totalidade do interesse público.²⁴⁹

es sich um die Begründung des Gemeinwesens handelt, in Folge deren das Recht erst entstehen soll”.

²⁴⁷ Inobstante tratar da escola alemã, importa esclarecer a conformação dela decorrente nas demais escolas jurídicas europeias, a exemplo da italiana, consoante Romano: “*Fin da quando il Gerber, nel 1852, col suo classico libro Ueber öffentliche Rechte, tentava nel campo del diritto pubblico un’indagine che sino allora non si era fatta che pel diritto privato, si è accesa fra i pubblicisti tedeschi una disputa che li tiene tuttora divisi. [...] Punto di partenza per ben comprendere il rapporto esistente fra il cittadino e lo Stato, è il diritto sovrano, indipendente ed onnipotente di questo: i diritti dei cittadini non sono che effetti riflessi di tale diritto allo Stato pertinente e in tanto esistono in quanto esiste lo Stato e la sua sovranità. Questa, secondo noi, la tesi del Gerber riassunta in poche parole [...] L’espressione Reflexrecht in sostanza, quale è usata dal Gerber, equivale all’altra Gegenrechte da lui medesimo, come abbiamo visto un momento fa, adoperata e risponde alla teorica cui non accennavamo: i diritti dei cittadini essere veri e propri diritti subbietivi, ma non naturali ed originari, si bene riflessi, derivanti cioè dal diritto di sovranità dello Stato. Per dirla con altre parole, il Gerber non faceva fino a certo punto questione di sostanza, ma solo di forma o, meglio, di tecnica giuridica [...]*”. Cf. ROMANO, 1897, p. 5-7.

²⁴⁸ Cf. HELLER, Hermann. **Staatslehre**. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, 1983. Recorde-se neste sentido o já exposto: “O poder do Estado deve ser, do ponto de vista do direito e do ponto de vista político, o poder político mais forte no seu respectivo território; caso contrário não será nem soberano, nem poder do Estado”. No original: “Die Staatsgewalt muß dem Rechte nach die höchste der Macht nach regelmäßig die stärkste politische Gewalt auf ihrem Gebiet sein, sonst ist sie weder souverän noch Staatsgewalt. (HELLER, 1983, p. 279).

²⁴⁹ HESPANHA, 2009, p. 368.

Influência outra igualmente importante e que decorre, de forma lógica, dessa compreensão de totalidade do interesse público é a própria compreensão (da vontade) do Estado. Não se trata, nesse contexto, de mera vontade arbitrária de um ente deslocado, mas da convergência de realização moral enquanto unidade, pois “o Estado é, antes de mais, uma ideia existente na consciência moral dos indivíduos (‘Estado ético’) e o direito é, antes de tudo, a emanação de uma teoria – a ‘teoria do Estado’ (*Staatslehre*)”²⁵⁰.

Além disso, essa compreensão matriz, portanto, de que “a relação entre Estado e constituição é de certa forma tão estreito que resta impossível conceber o Estado sem constituição, mas também a constituição sem o Estado”²⁵¹ implica primordial importância. De forma primeira porque caracteriza o movimento do final do *Ottocento* e início do Novecentos, do que decorre, então, essencialmente, a conformação da base sobre a qual se fundamenta – pois permeia – o jurista palermitano e, por fim, para muito além da aparente rejeição, a compreensão dos elementos aos quais ora se contrapõem, ora se lhes apropria.

As proximidades que se apresentam entre os juristas são de todo peculiares. Não se limitam apenas à utilização de termos teóricos muito próximos – ainda que, aparentemente, em posições distantes –, mas, por um lado, o constante avocar a condição de ‘realistas’ e, por outro lado, por rejeitarem ambos, ainda que se acusem reciprocamente, a ‘condição de’ metafísicos. Não de forma diferente de Romano, Jellinek também, por vezes não raras, apresenta referências²⁵² diretas, nem sempre sutis, ao jurista palermitano.

²⁵⁰ *Id.*, *loc. cit.*

²⁵¹ FIORAVANTI, 1999, p. 139. Do original: “*Il rapporto tra Stato e costituzione è infatti ora così stretto da rendere impossibile lo Stato senza la costituzione, ma anche la costituzione senza lo Stato*”.

²⁵² Não apenas Romano, consoante asseverado no capítulo I do presente trabalho, busca opor-se de forma reiterada à Jellinek, o que faz de forma explícita, mas este também, por sua vez, registra quando da sua refutação à teorização do direito público, de forma clara no corpo do texto, as teorias de Rousseau e Hobbes; apõe, porém, em nota de rodapé após mencionar que “*Entre ambos puntos de vista hay muchos otros que por lo común no obedecen sino a oscuridad y a contradicciones doctrinales. Ambos puntos de vista, como sucede por lo común con las opiniones extremas, carecen de exactitud.*” aquelas que entende ‘dignas de obscuridade’: “*Entre las obras modernas son dignas de mención, especialmente [...] Santi Romano, La teoria dei diritto pubblici subiettivi in Orlando, Primo trattato di diritto amm. It., I, 1900, pp.110-220; [...] Hauriou, Précis du droit administratif*

2.1.1 O debate com Jellinek: elementos do Estado

A teorização jurídica do Estado, em sua acepção moderna, remete-se, em primazia, à juspublicística alemã. É essencialmente da teorização do *Rechtstaat* e da *Staatlichkeit* que toma corpo o aperfeiçoamento da compreensão unitária enquanto elemento de racionalização decisória do Estado. Teorização que conforma sobremaneira a compreensão do direito público como elemento em constante dialética, é dizer, na qual o direito apresenta-se enquanto tal tão somente se ‘decorrente’ do Estado que, por sua vez, é quem determina a ordem e por aquele primeiro é também conformado.

Georg Jellinek (1851-1911), nesse sentido, esmiúça, para além dos elementos tidos como ‘clássicos’, a saber: território, povo e soberania – poder do Estado –, também elementos outros secundários que permeiam o Estado e demonstram o dedicado trato (dispensado pelo jurista) naquilo que tange à correta compreensão da correlação deste com os súditos. Deixa presente ainda o constante esforço em afastar teoricamente, para além das instituições ‘menores’, as influências do político na atuação jurídica – finalística – do Estado.

A crítica, nessa perspectiva, apresenta-se de forma bastante clara. Inclusive, é dos elementos principais a distinguir, inicialmente, o direito das demais ‘regulamentações’ (ordenamentos) e, como corolário, o Estado como ente dotado de superioridade porque detentor, por assim dizer, do direito em si (sob a perspectiva do dualismo anteriormente explicitado).

Outro elemento nevrálgico da compreensão de Jellinek é, pressuposto do qual parte Santi Romano em sua obra inicial, a distinção do direito público de tudo quanto não se lhe caiba. Ou seja, a anterior pretensão registrada de afastar os elementos (institutos) de direito privado da seara do Estado e/ou de apresentar o direito público como elemento que engloba – e do qual então depende, inclusive – o direito privado.²⁵³

et de droit public général, 5ª ed., 1903, pp. 139 e ss.” Cf. JELLINEK, 2000, p. 386-387.

²⁵³ Se por um lado, consoante esclarecido no capítulo I do presente trabalho, Santi Romano desenvolve o denominado “*sdoppiamento*” para justificar a atuação do Estado-pessoa em relações privadas (muito embora afirme que o direito público implica, por necessário, a relação em um dos pólos do mesmo Estado-pessoa, Jellinek, por outro lado, apresenta-o, o direito público, como um sistema superior do qual decorre, por necessário, inclusive o direito privado, senão veja-se: “*Todo derecho privado va unido íntimamente a una exigencia de derecho público para que se le reconozca y ampare. Por esto, todo el derecho privado descansa sobre*

Ponto outro importante, antes de analisar – não de forma exaustiva – a teoria do Estado em Jellinek e dos seus influxos com o pensamento de Romano, que impende registrar é que a análise do juspublicista alemão limita-se, enquanto conformação teórica, ao Estado moderno. Nesse sentido, consoante ressalvado pelo próprio Jellinek, sua pretensão é desvencilhar-se de entidades metafísicas²⁵⁴ e de analisá-lo, o Estado, tal qual se lhe apresenta na realidade concreta. É dizer, inobstante a compreensão histórica ‘evolutiva’ por ele apresentada, a análise limita-se à constatação do concreto no tempo histórico por ele vivenciado; o que se lhe permite, consoante compreende, afastar construções universais e ou metafísicas²⁵⁵ que não as que lhe são próprias de sua realidade particular.

Por esse ângulo, Jellinek não nega os pressupostos utilizados por Romano ou mesmo pela escola de Bordeaux na medida em que compreende a existência de sistemas normativos que se justapõem e cuja ‘evolução’ verifica-se na realidade dos povos. Utiliza-se, assim, também da ideia ‘primitiva’ – partindo das famílias, clãs, etc. – enquanto associações dentro das quais “nasceria o direito” para, então, espalharem-se para sistemas mais amplos, dos quais o Estado moderno seria, portanto, o maior²⁵⁶.

los cimientos del derecho público. [...] Donde no existía la idea del fisco como personalidad del Estado en cuanto considerada desde el punto de vista del derecho patrimonial, no ha podido existir ninguna exigencia jurídica patrimonial del individuo con respecto al Estado.” Cf. Ibid., p. 360-361.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 319. Urge registrar a constância deste argumento na análise de Jellinek – apesar de não lhe ser exclusivo avocá-lo. Nesse sentido: “*La primera dirección es la de la especulación metafísica [...] Pero nuestro problema no es conocer el valor trascendente de las instituciones humanas; por lo cual, conforme al método hasta ahora empleado, consideraremos al derecho como un fenómeno psicológico, es decir, interno del hombre*”.

²⁵⁵ Nesse sentido, ilustrativo o desprezo teórico por ele registrado quando diante da questão acerca da limitação pelo próprio Estado do direito por ele criado, o que, claramente, afirma em sentido positivo, consoante análise que será realizada adiante. Veja-se, porém: “*Para resolver esta cuestión es preciso dejar a un lado aquellos mezquinos instrumentos de trabajo de los aprendices de jurista, únicos que saben emplear muchos de los que se ocupan de este problema. Pues esta cuestión es, para usar una expresión que he propuesto, de naturaleza metajurídica.*” *vide Ibid.*, p. 347.

²⁵⁶ Conquanto resultado de um processo histórico em parte “evolucionista”, Jellinek não apenas reconhece a organização (organização no sentido de constituição) inerente à toda e qualquer instituição/associação, cuja precedência se verifica nos demais autores (clã, família, etc.), mas, de antemão, reconhece o Estado como ente maior que a todos sujeita, pois: “*En los tiempos en que el poder*

Eis, aqui, o ponto essencial para compreensão do pensamento do jurista alemão: apresentar uma teoria do Estado forte a ponto de dissociar os elementos internos que modificam (poderiam modificar) a ordem jurídica de uma realidade. Elementos esses que são fundados na ordem política; logo, elementos de força. Apresenta, assim, uma vez ‘convergidos’ esses elementos menores na unidade do Estado, a concepção do direito como elemento decorrente da força unitária deste próprio Estado, não obstante limitado ele mesmo pelo próprio direito²⁵⁷.

A busca pela teorização do *Herrschereswalt* parte, portanto, fundamentalmente do reconhecimento dos fatores reais de poder, é dizer, das interferências diretas que podem ser realizadas como elemento de modificação do próprio direito e, por vias outras, do Estado. Interferências essas que seriam observáveis principalmente nas fases de transição e/ou de revoluções²⁵⁸, uma vez que a normalidade da ordem jurídica seria, então, facilmente modificável.

del Estado estaba desarrollado, tuvieron las asociaciones antiguas y de nueva formación una gran intervención en la formación y realización del derecho. Pero en el Estado existe una tendencia para someter a sí todos los medios de poder de las asociaciones que le están subordinadas, y el proceso que se inicia de esta suerte termina haciendo del Estado el único tenedor del poder de autoridad. De este modo adviene no tanto la formación del derecho cuanto la protección del derecho reglado, cuestión del Estado.” Cf. Ibid, p. 345-346.

²⁵⁷ Ao tratar da declaração unilateral de vontade, inclusive do instituto da promessa no direito privado, afirma que há a possibilidade de criarem-se obrigações daí decorrentes, inclusive no âmbito do direito público, pelo que o Estado restaria obrigado e limitado pela sua própria emanção volitiva. Este assunto restará (pretende-se) esmiuçado após a exposição teórica do Estado, entretanto, para ilustrar a afirmação: “*El Estado se diferencia de estas asociaciones sólo en que el orden jurídico que lo obliga por declaración de su voluntad, es su propio orden jurídico*” Cf. Ibid, p. 349.

²⁵⁸ Urge esclarecer, nesta perspectiva, que, para Jellinek, o Estado é decorrente de um processo histórico de formação no qual se verifica a ‘disputa’ entre um dualismo sempre existente, é dizer, rei *versus* povo e poder temporal *versus* poder espiritual; quando da superação pelo rei, decorreu a conformação do Estado Absoluto que, preponderando o político, ainda assim, contribuiu para a conformação do povo, unificação territorial e estruturação inicial do que viria a ser, posteriormente, a delimitação do político e prevalência do jurídico: Estado moderno. Nesse sentido, afirma que: “*El estado moderno ha nacido como unidad de asociación organizada conforme a una Constitución, gracias a haber dominado el doble dualismo que forman rey y pueblo y el poder espiritual y temporal. En cada Estado particular, como no podía ser menos, ha tenido lugar este fenómeno de una manera peculiar, si bien bajo el influjo, en parte, de*

Se, por um lado, é bem verdade que Duguit projeta, em sua teoria, a limitação dos governantes em conformidade com a interdependência social, e, portanto, com o papel respectivo que lhes cabe no fato social, por outro lado, Jellinek tem, por natural, nessa perspectiva, a ausência total de limitação posto que fundamentados também em elementos não jurídicos. Outrossim, Jellinek compreende o Estado como ‘associação’ cuja particularidade que das demais o dissocia é, também, elemento presente nos demais pensadores abordados no presente trabalho.

Há, a bem da verdade, uma inversão na perspectiva da abordagem pelo jurista alemão, pois, se para Romano a teoria – ao menos a presente quando da constatação da crise do Estado moderno – desconstrói o Estado como ente totalizante – Briareo –, para Jellinek a preocupação essencial é, constatado o Estado como ente total²⁵⁹, compreendê-lo nesse contexto

relaciones políticas universales [...] Por distintos que puedan ser los motivos y los medios de que se ha valido cada Estado particular para dominar este doble dualismo en la lucha por dar una nueva forma a las relaciones políticas, se ha conseguido un primer resultado de importancia suma, y es: la instauración de la unidad del Estado dominando la contienda entre sus partes. La polémica entre el Estado y la Iglesia se decide en beneficio del Estado [...] En fin más importante, por consiguiente, del siglo primero de la historia moderna, ha consistido en superar el dualismo resultante de la distinción de príncipe y estados del reino. Tan pronto como la totalidad de las modificaciones engendradas en las relaciones económicas y militares permitió y exigió una concentración del poder del príncipe, el esfuerzo principal había de consistir en hacer recaer sobre aquél el centro de gravedad del Estado” Cf. Ibid., p. 311-312.

²⁵⁹ A compreensão do Estado total, neste contexto, deve ser observada como associação cuja evolução histórica pretendeu à totalidade da realidade social, entidades menores, cuja absorção pelo Estado decorreu de forma lógica, da concentração unitária do poder, senão: “*La idea de la unidad, por consiguiente, es la conclusión de una gran evolución histórica. El Estado moderno tiene como punto final lo que para el antiguo era el punto de partida. Como el segundo, atribuyese también él, y aún en una mayor medida, el derecho y el poder para dominar de un modo efectivo todos los aspectos de la vida de la comunidad. Es verdad que pone limitaciones de gran importancia a su acción; pero sólo lo son las que él mismo se ha puesto en vista del conocimiento que tiene de su problema. Por el contrario, no reconoce a ninguno de sus miembros un derecho extraestatista que pueda ofrecerle una limitación absoluta; si existiese, equivaldría esto a una reaparición de aquel dualismo que fue vencido después de una lucha de siglos. [...] El Estado de la Edad Moderna, Estado uno, Estado que reúne en sí todos los poderes públicos y todos los derechos, no es sino el resultado de una evolución lenta y de un proceso continuo que ha tendido a superar las divisiones profundas*” Cf., Ibid., p. 314.

específico e apresentar, então, os elementos teóricos cuja validação seria verificável senão na própria realidade que se lhe apresenta. Há, nesse sentido, também, senão uma aproximação do pensamento de Duguit – particularmente quando da distinção entre governantes e governados – uma distinta perspectiva²⁶⁰ quando da projeção, pelo tedesco, do direito constitucional como elemento diretriz do convívio social²⁶¹.

Senão veja-se, por completo, o quanto exposto quando da justificação concreta do poder de autoridade do Estado:

Para reforçar o poder do Estado na luta sustentada com as forças que o combatiam, este [Estado] foi-se apropriando [trata-se de categoria histórica] de todos os poderes dos membros então subordinados ao Estado e, desta forma, concretizando a submissão de todos ao seu poder. O Estado: adverte o grande Leviatã que devora todas as forças públicas. Mesmo ali onde permite [o Estado] subsistir uma força que lhe é exterior, ainda que lhe reconheça um poder de relativa independência, se lhe apropria na forma na medida em que [o Estado] afirma a si próprio como o princípio original de todos os que lhe estão, então, submetidos. Isso se

²⁶⁰ A bem da verdade, não obstante Jellinek reconheça a influência dos elementos políticos na conformação do Estado e, ainda, muito embora projete no Estado – limitado pelo direito – a perseguição de um fim unitário, reconhece também a existência de duas ordens de poder; no caso, a distinguir o Estado das demais associações, pois: “*Toda unidad de fines en los hombres necesita la dirección de una voluntad. Esta voluntad, que ha de cuidar de los fines comunes de la asociación, que ha de ordenar y ha de dirigir la ejecución de sus ordenaciones, es precisamente el poder de la asociación. Por esto, toda asociación, por escasa fuerza interna que posea, tiene un poder peculiar que aparece como una unidad distinta de la de sus miembros. Hay dos órdenes de poderes: poder dominante y poder no dominante.*” Cf., *Ibid.*, p. 394-395.

²⁶¹ O elemento psicológico que conforma a representação do direito enquanto elemento diretriz no Estado será adiante abordado, entretanto, registre-se que, não obstante tratar-se o Estado de uma associação tal qual qualquer outra (em sua natureza geral), não apenas a ‘ordenação’ é à todas as associações inerente, mas que há, da resultate histórica Estado, a superioridade do direito em si, pois: “*La nota jurídica esencial de las leyes constitucionales radica exclusivamente en la superioridad de su fuerza como leyes, desde el punto de vista formal. En aquellos Estados en que las constituciones ni por su fijación ni por su modificación se distinguen de una manera especial, carecen éstas de toda significación práctica en la vida del derecho*” Cf., *Ibid.*, p. 480.

reflete, de forma manifesta, no próprio direito cuja disposição se lhe atribui, de todo o seu poder de dominação mediante suas próprias leis em seu próprio território. É bem verdade que o Estado moderno reconhece aos indivíduos e as associações uma esfera de liberdades que estão limitadas [também] pelas leis, mas ainda mais verdadeiro que [o Estado] não pode reconhecer, por sua própria essência, um direito de dominação substantivo, próprio que se lhe apresente intransponível/não passível de dominação. O ponto de vista oposto é inconciliável com o moderno conceito de Estado e não encontra fundamento sobretudo em decorrência destes mesmos fatos. *Não é possível mostrar uma só associação que não seja Estado e que em razão de sua natureza possua/detenha um direito de dominação que não corresponda ao próprio Estado.* Não explica, ainda, esta doutrina a realidade das relações jurídicas; limita-se a deturpar a realidade, na qual pretende implantar novamente instituições que foram tomadas do pensamento da Idade Média. Esta é uma teoria própria da política romântica, a qual é tanto menos possível que se possa realizar quanto a teoria de que o Estado é o depositário exclusivo do poder de dominação é resultado da evolução geral da história moderna, resultado que se confirma praticamente pelo fato de que o Estado, mediante suas leis, conceda ou retire das associações que lhe estão submetidas o direito de dominação.²⁶²

²⁶² Cf., *Ibid.*, p. 398 (grifo nosso). Do original: “*Al fortalecerse el poder del Estado en la lucha que hubo de sostener con las fuerzas que lo combatían, fue apropiándose los poderes de todos los miembros subordinados al Estado, y de esta suerte fue completando el sometimiento de todos a su poder. El Estado, advierte el gran Leviatán que va devorando todas las fuerzas públicas. Aun allí donde deja subsistir una fuerza exterior a él, aprópiasela en la forma, porque él se afirma a sí mismo como el principio originario de los sometidos, aun cuando les conceda frente a él un poder de relativa independencia. Esto se pone de manifiesto en el derecho que a sí mismo se atribuye de disponer, mediante sus leyes, en su territorio, de todo el poder de dominación. Es verdad que el Estado moderno reconoce a todos los individuos y a todas las asociaciones un círculo de libertades que están limitadas por las leyes, pero no puede reconocer, a causa de su propia esencia, un derecho de dominación sustantivo, propio, infranqueable para él. El punto de vista opuesto es irreconciliable con el*

Para tanto, a compreensão de Jellinek obedece a algumas concatenações teóricas que priorizam, essencialmente, o afastamento do âmbito de atuação no denominado direito público para, então, distinguir o Estado das demais associações. Sem negar a existência de ‘direito’ na realidade social, utiliza mecanismos para restringi-lo como tal senão como elemento do Estado: o direito enquanto projeção finalística dotada de coação cuja particularidade, destarte, reforça o próprio poder do Estado que se lhe apropria.

Posta a epítome do pensamento do juspublicista alemão, passa-se, então, a analisar, tal qual por ele exposto, a teorização do Estado e, por conseguinte, do direito. Logo, analisar-se-á nesse particular: (I) a conformação fática do Estado, é dizer, a constatação no concreto do fenômeno Estado; (II) a compreensão do direito como elemento diferenciador da associação Estado; e, por fim, (III) a relação Estado e direito no pensamento de Jellinek.

Compreendido que o Estado é o resultante histórico de um processo de evolução cuja base mesma permitiu-lhe absorver todas as demais associações então menores, como corolário necessário do processo de unificação potestativa, compreende Jellinek que o Estado é uma associação, *prima facie*, como qualquer outra. Ou, de forma contrária, na medida em que compreende que o direito tem por pressuposto um grupo social/comunidade humana, afirma jamais ter existido grupo social que não fosse minimamente organizado (ordenamento).

Logo, ainda que ausentes vínculos estreitos, aproxima novamente o conceito de associação e Estado, pois “Toda comunidade terrena organizada, que não possua associação alguma sobre si, é Estado. [...] Jamais inexistiu uma forma embrionária de Estado, e ainda hoje se lhe

moderno concepto del Estado, y no halla apoyo a causa de esto un aun en los hechos. No es posible mostrar una sola asociación que no sea el Estado y que en razón de su naturaleza tenga un derecho de dominación que no corresponda al Estado. No explica, pues, esta doctrina la realidad de las relaciones jurídicas; lo que hace es transformar la realidad, en la cual quisiera de nuevo implantar instituciones que habían sido tomadas de la esfera del pensamiento de la Edad Media. Ésta es una teoría propia de la política romántica, la cual es tanto menos posible que pueda realizarse cuanto que la teoría de que el Estado es el depositario exclusivo del poder de dominación, es el resultado de la evolución general de la historia moderna, resultado que se halla a su vez confirmado prácticamente por el hecho de que el Estado, mediante sus leyes, preste o sustraiga a las asociaciones que le están sometidas el derecho de dominación”.

pode verificar nos povos que possuem uma vida social mínima”²⁶³. Desse modo, os elementos institucionais conformadores lhes seriam a ambas (associação e associação Estado) comuns.

Toda associação permanente necessita de um princípio de ordenação sobre a qual se constitui e desenvolve sua vontade. Este princípio de ordenação é o que limita/ordena tanto a relação entre os membros integrantes da associação entre si como em relação com a própria associação. Uma ordenação desta natureza é o que se denomina Constituição. A todo Estado, portanto, faz-se imprescindível uma Constituição. Um Estado que não a possua será, tão somente, uma anarquia. O próprio Estado arbitrário, em seu sentido antigo, tem necessidade de uma Constituição, tanto quando se trata de um Estado despótico como quando se trata de um comitê de salvação pública de índole democrática do tipo Francês de 1793.²⁶⁴

O elemento ordem aparece, portanto, já como primazia da associação. Como também, por certo, todas as associações humanas – exatamente na medida da composição por elementos humanos distintos que fazem convergir o elemento ‘vontade’ – criam uma “unidade distinta daquela dos seus membros”²⁶⁵. Essa mesma unidade, consequentemente,

²⁶³ *Ibid.*, p. 345. Do original: “[*El derecho supone además –ya que jamás ha existido en la historia una comunidad completamente desorganizada– grupo sociales, aunque no estén organizados por vínculos estrechos.*] Toda comunidad terrena organizada, que no tenga asociación alguna sobre sí, es Estado. [...] Jamás ha dejado de existir esta forma embrionaria de Estado y aún hoy puede observarse en aquellos pueblos que tienen una vida social mínima”.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 457. Do original: “Toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituye e desarrolla su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con ella. Una ordenación o estatuto de esta naturaleza es lo que se llama una Constitución. Todo Estado, pues, necesariamente ha menester de una Constitución. Un Estado que no la tuviera sería una anarquía. El propio Estado arbitrario, en el antiguo sentido, tiene necesidad de ella, tanto cuando se trata de un Estado despótico, como cuando se trata de un comité de salvación pública de índole democrática, del tipo francés de 1793”.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 395. Do original: “un poder peculiar que aparece como una unidad distinta de la de sus miembros”.

torna-se o elemento diretriz da associação na medida em que “gerencia os fins comuns da associação, lha ordena e lha dirige a execução das ordenações”, originando, como corolário necessário, o denominado “poder da associação”²⁶⁶.

Ocorre que, não obstante toda associação – enquanto nessa unidade – possua um poder que lhe é inerente, Jellinek distingue duas ordens de poder: o poder dominante e o poder não dominante.

O poder não dominante seria comum a todas as associações e “caracteriza-se pela possibilidade de emanar ordens a todos os membros da associação, sem, porém, a força necessária para obrigá-los à executá-las por meios próprios”²⁶⁷. Ou seja, caracteriza-se pela ausência²⁶⁸ do denominado poder de *imperium* e, nesse sentido, caracterizar-se-ia como “poder disciplinador, não como um poder de dominação (*Herrschergeswalt*)”²⁶⁹.

A *contrario*, o poder de dominação caracterizaria algo para além do mero poder disciplinador; é de todo uma força peculiar, o denominado

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 394-395. No original: “*Toda unidad de fines en los hombres necesita la dirección de una voluntad. Esta voluntad, que ha de cuidar de los fines comunes de la asociación, que ha de ordenar y ha de dirigir la ejecución de sus ordenaciones, es precisamente el poder de la asociación. Por esto, toda asociación, por escasa fuerza interna que posea, tiene un poder peculiar que aparece como una unidad distinta de la de sus miembros*”.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 395. No original: “*El poder simple, el poder no dominante de la asociación, se caracteriza por serle posible dar órdenes a los miembros de la asociación, pero carece de fuerza bastante para obligar con sus propios medios a la ejecución de sus órdenes*”.

²⁶⁸ *Id.*, *loc. cit.* Dentre as associações cuja ausência do *imperium* verifica-se, consoante Jellinek afirma, trata-se a Igreja da mais poderosa e, portanto, clareia com precisão essa diferença: “*Se ve con mucha claridad esta cuestión si se observa la situación de la asociación más poderosa que existe fuera del Estado: la Iglesia católica con respecto a sus miembros. Según la doctrina católica, el bautismo y la ordenación imprimen un carácter indeleble a los que reciben estos sacramentos. Pero si el Estado no sanciona esta imposibilidad de salirse de la Iglesia o del estado de sacerdote, entonces falta a la Iglesia el medio apropiado para dar validez a sus normas respecto de los que se separan de ella y se reintegran a una situación laica. No obstante el enorme poder de la Iglesia sobre sus miembros, no está hoy dotada de un poder de autoridad, a no ser que el Estado le preste su brazo*.”

²⁶⁹ *Id.*, *loc. cit.* No original: “*[...] Así, pues, su poder es un poder disciplinario, pero no un poder de dominación (Herrschergeswalt)*.”

*Herrschen*²⁷⁰ (força de dominação) que é “a qualidade que diferencia o poder do Estado de todos os demais”, pois:

O poder de dominação, pelo contrário, é um poder irresistível. Dominar significa mandar de uma forma incondicionada e poder, para tanto, utilizar-se [este poder] da coação para fazê-las cumprir as ordens. O submetido a qualquer poder pode subtrair-se dele, a menos que se trate do poder de dominação. Qualquer outra associação pode expulsar [o submetido/sujeito] porém, a associação dotada do direito de dominação pode mantê-lo [reintegrá-lo] dentro da associação menor em virtude da força que lhe é originária. Não se pode [ao contrário] retirar-se/abandonar um Estado senão para submeter-se a outro Estado. Ao *imperium* nada se lhe pode subtrair, inclusive o errante/andarrilho a não ser que fuja para um deserto ou para as proximidades do pólo. Somente desta forma consente o Estado, hoje, na dissolução dos laços/vínculos entre ele e seus membros; porém é sempre fixada, na ordem jurídica, a possibilidade de mudança de cidadania e de emigração, além das condições nas quais pode ser concedida ou negada a referida cidadania.²⁷¹

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 397. No original: “*El poder que está dotado de esta fuerza es un poder de dominación, y, por consiguiente, poder del Estado. La dominación (Herrschen) es la cualidad que diferencia al poder del Estado de todos los demás poderes.*”

²⁷¹ *Ibid.*, p. 396. Do original: “*El poder de dominación, por el contrario, es un poder irresistible. Dominar quiere decir mandar de un modo incondicionado y poder ejercitar la coacción para que se cumplan los mandatos. El sometido a cualquier poder puede sustraerse a él, a menos que se trate del poder de dominación. Cualquier otra asociación puede expulsar, pelo la asociación dotada de derecho de dominación puede mantenerlo, en virtud de la fuerza que le es originaria, dentro de la asociación. Sólo es posible salir de un Estado para someterse a otro. Al imperium no puede sustraerse hoy nadie, incluso aquel que vive errante, a menos que huya a un desierto o a las proximidades del polo. Sólo de este modo consiente hoy el Estado en la disolución del lazo entre él y sus miembros; pero siempre fija él, mediante el orden jurídico, la capacidad de cambiar de ciudadanía y de emigrar, y determina las condiciones bajo las cuales puede ser concedida o negada dicha ciudadanía.*”

Desse conceito de poder de dominação decorre, de forma lógica, a implicância de que o poder deve ser exercido por algo/alguém em relação também a algo/alguém e, ainda, num determinado espaço que é exatamente a medida daquele poder de dominação. Apresenta, assim, o elemento jurídico inicial do Estado como o território que, consoante assevera, apresenta duas características, a saber:

(I) negativa: na medida em que proíbe a qualquer outro poder submetido ao do Estado de exercer funções de autoridade sem autorização expressa por parte deste último; (II) positiva: as pessoas que se encontram no território restam submetidas ao poder do Estado.²⁷²

Referida teorização justificaria²⁷³, então, as ‘associações’ e.g. comunais uma vez que, expressamente autorizadas pelo Estado, atuam também de forma positiva e negativa na condição de associações ‘menores’. Todavia, em relação às demais associações, careceria o elemento negativo referente ao território, porquanto o poder que lhes cabe, disciplinador e não o poder de dominação, direcionar-se-ia àqueles que se lhe encontram sujeitos (vinculados), tão somente.

A projeção jurídica do território, reflexo contínuo do poder de dominação do Estado, é explicada pelo jurista não como *dominium*, mas também como corolário do poder de *imperium*. Tal distinção, por simplória que pareça, é de extrema importância porque visa retirá-la da seara do direito privado, desvinculando o instituto jurídico do direito

²⁷² *Ibid.*, p. 368. No original: “[La significación jurídica de éste se exterioriza de una doble manera]: negativa una, en tanto que se prohíbe a cualquier otro poder no sometido al del Estado ejercer funciones de autoridad en el territorio sin autorización expresa por parte del mismo; positiva la otra, en cuanto las personas que se hallan en el territorio quedan sometidas al poder del Estado”.

²⁷³ *Ibid.*, p. 369. Consoante assevera, nesse sentido, a delimitação consoante estes critérios permitiria, para além da exclusividade do Estado a também coexistência dentro do território de associações outras, pois “[...] ha menester el Estado, por el contrario, de una extensión determinada, la cual señala el límite en que su soberanía actúa con la nota de exclusivismo que a ésta le es propia [...] Además, si existieran varios Estados independientes entre sí en un mismo territorio, se hallarían en guerra perpetua, no sólo a causa de la oposición permanente de los intereses, sino porque sus conflictos no podrían resolverse por juez alguno. De aquí que puedan coexistir en un mismo territorio numerosas corporaciones, pero sólo un Estado. En esta propiedad del territorio, como un elemento integrante del sujeto del Estado, descansa la impenetrabilidad de éste”.

possessório²⁷⁴. É dizer, Jellinek lança-a enquanto inerente ao próprio direito de personalidade do Estado – ao ‘ser’ do Estado mesmo em si – e, assim, por vias reflexas, a obrigação de respeitar o território refletiria não a relação Estado-coisa, mas projeta-se *erga omnes* – em relação a todos os demais ‘indivíduos’, Estados precipuamente – refletiria, então, a relação intersubjetiva (Estado-pessoa - Estado)²⁷⁵.

Nesse mesmo traçado teórico, apresenta-se como corolário da premissa inicial o povo. E é este, não apenas o elemento mais importante da compreensão de Jellinek, mas a própria condição a partir da qual decorrem todas as demais. Porquanto tratar-se de tal, se lhe aborda a teorização neste momento, pois decorrem daqui ‘ramificações’ teóricas que permitirão compreender a complexidade não apenas retórica, mas substantiva da teoria do Estado em Jellinek.

É, efetivamente, deste elemento povo que não apenas depende o surgimento do Estado, mas, principalmente, a sua subsistência²⁷⁶. É dizer, não apenas o povo é elemento imprescindível para a conformação da unidade estatal – compreendida aqui como corolário da evolução do

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 370. Acerca do direito possessório específico, esclarece Jellinek que, para o direito internacional, neste ponto preciso, as violações cometidas pelos Estados caracterizariam não turbacão possessória, mas violacão da personalidade própria do Estado.

²⁷⁵ *Id.*, *loc. cit. et seq.*

²⁷⁶ Urge ressaltar, antes de tudo, a proximidade crítica exposta por Romano quando da afirmacão do equívoco acerca da compreensão do povo – tido como elemento apartado ou mesmo contrário ao Estado – e, nesta linha, o avocar, pelo jurista palermitano, da totalidade Estatal. Jellinek utiliza-se (em momento cronológico anterior, registre-se) do mesmo elemento, porém, de uma forma assaz peculiar e que demonstra a ordem primeira que ocupa o povo em sua teoria; além disso, ressalta, por vias outras, a importância Estatal. Jellinek não apenas rechaça, tal qual Romano, a compreensão do povo como objeto do poder soberano, o que faz inclusive utilizando-se das mesmas premissas – direito é relação entre pessoas e, portanto, objeto/coisa não seria passível desta relação –, mas toma ao povo como elemento indissociável do Estado, pois dele apartado restaria impossibilitado de ser compreendido. Afirma, nesse sentido que: “*Las doctrinas posteriores acerca del Estado que han superado al derecho natural reconocieron al Pueblo como un elemento del Estado; pero frecuentemente el reconocimiento de la cualidad subjetiva del Pueblo lo dejan en un lugar secundario, lo que origina, aún hoy, fácilmente, un error profundo, que consiste en considerar al Estado identificado con el gobierno o en suponerlo dividido en dos personas sin lazo jurídico alguno entre sí, una de las cuales sería la del soberano y la otra el pueblo, es decir: la suma de los individuos considerados como objeto del soberano.*” Cf. *Ibid.*, p. 378-379.

fenômeno direito –, mas também do povo e para o povo faz-se imperioso o elemento psicológico que mantém o próprio Estado enquanto tal. Assim “os homens que pertencem a um Estado formam em sua totalidade a população deste mesmo Estado” e, portanto, também o povo apresentaria duas características importantes – neste primeiro momento de classificação geral: a primeira que seria “um elemento da associação estatal ao formar parte desta enquanto o Estado é o sujeito do poder público”; a segunda, por sua vez, apresenta “o povo objeto da atividade do Estado”. Àquela primeira Jellinek define “povo no aspecto subjetivo”, a esta segunda define “povo enquanto objeto”.²⁷⁷

Não obstante apresente-se, *a priori*, como classificação simplória, a do povo, e, nessa perspectiva, em nada inovadora, é exatamente dela que retira a inovação teórica Jellinek. Ao apresentar de forma interligada a premissa do direito como relação intersubjetiva, fundamenta a compreensão do Estado como ente dotado de *imperium* e, portanto, todos os corolários outros que justificam o poder de dominação – que no limite é o elemento diferenciador do Estado. Mas, mais além, sem rejeitar o direito como elemento existente “antes ou fora” do Estado, refuta a compreensão do *Reflexrecht* e, fundado no elemento intersubjetivo (psicológico), não apenas apresenta os vínculos com o Estado, mas projeta o próprio direito como elemento positivo deste.

É, destarte, imprescindível a existência de um liame intersubjetivo entre o povo, pois “uma pluralidade de homens submetidos a uma autoridade comum que não venha a possuir a qualidade subjetiva de um povo não seria um Estado porque a todos lhes faltaria o momento que faz da pluralidade uma unidade”²⁷⁸. Certo de que esse elemento em si não é estranho, consoante asseverado, a nenhuma outra associação, mas, novamente, considerado o *imperium* do Estado tem-se que:

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 378. No original: “Los hombres que pertenecen a un Estado forman en su totalidad la población del mismo. Al igual que el territorio, tiene el pueblo en el Estado una doble función: de un lado, es un elemento de la asociación estatista al formar parte de ésta, en cuanto el Estado es sujeto del poder público. Designaremos al pueblo, desde este punto de vista, como pueblo en su aspecto subjetivo. En otro sentido, es el pueblo objeto de la actividad del Estado, es decir, pueblo en cuanto objeto”.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 379. Do original: “Una pluralidad de hombres sometidos a una autoridad común, que no lleguen a poseer la cualidad subjetiva de un pueblo, no sería un Estado, porque a todos les faltaría ese momento que hace de la pluralidad una unidad”.

O povo, em sua qualidade subjetiva forma a causa de unidade do Estado, uma corporação, isto é: todos os indivíduos estão unidos, ligados entre si enquanto sujeitos do Estado: são membros deste que é, portanto, concomitantemente, tanto associação de autoridade e associação corporativa. Ambos os elementos, o autoritário e o de associação, resolvem-se em uma unidade necessária na corporação estatal. O fundamento da autoridade do poder do Estado é o povo objeto do *imperium* que se encontra, desse ponto de vista, em uma mera subordinação; mas como os indivíduos, em sua qualidade de elementos do Estado, estão em situação de membros e são, portanto, sujeitos, vivem desta forma coordenados. Os indivíduos, enquanto objetos do poder do Estado, são sujeitos de deveres; enquanto membros do Estado, pelo contrário, são sujeitos de direito. A subjetividade jurídica se afirma em oposição ao Estado. Essa subjetividade se exterioriza mediante o reconhecimento que faz o Estado ao indivíduo acerca do seu caráter de membro da comunidade popular; porém, isto implica o reconhecimento do homem como pessoa, isto é, como indivíduo que possui uma esfera de direitos públicos.²⁷⁹

Certo, conforme já afirmado, que um dos elementos a diferenciar o Estado das demais associações é que a limitação que se lhe segue é,

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 379-380. Do original: “*El pueblo, en su cualidad subjetiva, forma, a causa de la unidad del Estado, una corporación, esto es: todos sus individuos están unidos, enlazados entre sí, en cuanto sujetos del Estado: son miembros de éste, que es, por tanto, al propio tiempo, asociación de autoridad y asociación corporativa. Ambos elementos, el autoritario y el de asociación, se resuelven en una unidad necesaria en la corporación estatista. A causa de la autoridad del poder del Estado, es el pueblo objeto del imperium, y se encuentra, desde este punto de vista, en una mera subordinación; mas como los individuos, en su cualidad de elementos del Estado, se hallan en la situación de miembros y son, por tanto, sujetos, viven en este sentido coordinados. Los individuos, en cuanto objetos del poder del Estado, son sujetos de deberes; en cuanto miembros del Estado, por el contrario, sujetos de derecho. La subjetividad jurídica se afirma en oposición al Estado. Esta subjetividad se exterioriza mediante el reconocimiento que hace el Estado al individuo de su carácter de miembro en la comunidad popular; pero esto implica el reconocimiento del hombre como persona, esto es, como individuo que posee una esfera de derecho público*”.

naturalmente, a sua própria ordem jurídica – ‘unilateral’. Antes, porém, de esmiuçar a concepção do direito como elemento diferenciador do Estado, nessa perspectiva, impende esclarecer que não apenas o poder de dominação do Estado não é um poder ilimitado como, também, por consequência, ao ‘integrar’ um povo ao Estado, é-lhe reconhecida uma personalidade própria. Disso decorre que as relações entre esses caracteriza-se como uma relação jurídica e, para Jellinek, então, origina-se, de forma imediata, a caracterização do povo consoante um *status*.

Compreenda-se, entretanto, que para o jurista alemão, ao apresentar como elementos indissociáveis Estado e povo – criando, por assim dizer, dessa relação os elementos notadamente impositivos – não se está concedendo poder em demasia ao Estado.

Pelo contrário, Jellinek refuta exatamente a ausência de limitações dessas relações anteriormente verificadas, sobretudo pelos jusnaturalistas que, por partirem da compreensão atomista do indivíduo, desconsideravam, em sua maioria, a limitação própria da vontade soberana; muito embora se lhes reconheça, em parte, algum mérito²⁸⁰.

²⁸⁰ Esclareça-se que Jellinek não apenas traça ferrenhas críticas ao jusnaturalismo, mas se lhe reconhece efetivamente também o mérito de – considerado o Estado e o direito como processos que dependem da situação histórica de um determinado povo – ter influenciado a (ou apresentado na) época moderna a imposição gradativa de elementos que, ao supervalorizarem o indivíduo, fomentaram a cultura da limitação do Estado – Monarca –, o que refletiria, no contexto do Estado moderno, a “formulação abstrata dos direitos de liberdade”, pois: “*En la Antigüedad faltó la conciencia clara de una exigencia jurídico-positiva para que se le reconociese al individuo frente al Estado una esfera de libertad. En el de la época moderna, por el contrario, incluso cuando ha reinado un absolutismo sin límites, jamás ha dejado de existir la convicción de que el individuo era un ser de derechos frente al Estado y que, por tanto, habría de ser reconocido moral y jurídicamente por éste. Tal convicción es el fruto de la doble oposición que el Estado moderno había de superar y que jamás desapareció por completo de la conciencia de los hombres.*” (*Ibid.*, p. 315). Em continuidade ao pensamento, esclarece ainda que: “*En el contemporáneo [Estado] los efectos de este dualismo se reflejan en la formulación abstracta de los derechos de libertad, los cuales pretenden expresar de un modo legal la idea del sometimiento limitado del individuo, como persona con derechos propios, al Estado. Además, se muestra este dualismo [...] en la elaboración de las constituciones, que deben contener los fundamentos de la organización general del Estado.*” (*Ibid.*, p. 317). A constatação pelo jurista realizada reitera, consoante asseverado, tanto a compreensão histórica evolutiva do Estado, no caso o moderno, como não tanto a crítica teórica, mas a constatação do real para, então, fundamentá-la – ainda que direcionada para um fim –pois assevera ainda que: “*Las libertades y privilegios*

Assim, afirma que, ao reconhecer o Estado a personalidade do indivíduo, para além da perfectibilização da relação de/do direito – entre sujeitos – se lhes cria/permite, por assim dizer, consoante estas faculdades, pôr em movimento a própria ordem jurídica do Estado enquanto elemento finalístico intersubjetivo. Referida premissa é projetada, deste modo, – de forma a reiterar o distanciamento intencional dos institutos de direito privado – na seara do direito público, pois “todas as disposições ou faculdades descrevem a relação permanente entre indivíduo e Estado; são situações jurídicas que repousam sobre os termos desta relação e constituem o fundamento das exigências públicas dos indivíduos”²⁸¹.

Deste elemento inicial do povo é teorizado o que Jellinek denomina teoria dos *status*, cuja influência sobre o pensamento de Santi Romano já fora demonstrada quando da teorização dos direitos públicos subjetivos. Seriam, por assim dizer, os *status* delineados por Jellinek, a saber: *status subjectionis*; *status libertatis* e *status civitatis* (*activae civitatis*).

Em seus exatos termos:

del individuo, de las corporaciones y de los estados o brazos en la Edad Media están enlazados históricamente de un modo visible con las modernas libertades que la Constitución ampara” (Ibid., p. 315) para, então, se lhe reconhecer o mérito, não obstante, logo mais passe a refutar especificamente a posição de Grotius acerca da compreensão do direito como realidade objetiva, “Desde este punto de vista, es del mayor interés considerar la construcción de los Estados según la escuela del derecho natural. Esta doctrina trata de comprender la unidad del Estado y de aunar a su vez con esta idea de la libertad individual, poniendo límites al Estado uno, límites que nacen de su fin o de su derivación de las voluntades individuales. En el fondo de esta doctrina existe el dualismo que había sido el pensamiento director de la evolución pasada [...]” (Ibid., p. 316) A crítica, porém, à premissa do direito natural e, neste sentido, a compreensão do povo senão enquanto elemento indissociável do Estado é clara ao concluir que: “El derecho natural partía de la libertad originaria del individuo, y hacía derivar de ella la autoridad del Estado; pero este derecho de autoridad no tenía, según la mayor parte de los escritores, limitación alguna, y si la tenía, no era otra que la que el propio soberano se ponía. Rousseau mismo no conoce que haya límite alguno para la voluntad general soberana” Cf. Ibid., p. 383.

²⁸¹ Ibid., p. 387. Do original: “Todas estas disposiciones o facultades describen la relación permanente entre individuo y el Estado; son situaciones jurídicas que descansan sobre los términos de esa relación y constituyen el fundamento de las exigencias públicas de los individuos”.

O reconhecimento do indivíduo como pessoa é o fundamento de todas as relações jurídicas. Mediante este reconhecimento o indivíduo torna-se membro do povo, considerado este em seu aspecto subjetivo. [...] A totalidade das exigências pode dividir-se em três grandes categorias que correspondem a distintas posições do *status* da personalidade. a) O indivíduo, enquanto pessoa, resta submetido a um poder limitado. A subordinação do indivíduo ao Estado se estende até onde o direito determine, pois toda exigência do Estado em relação ao indivíduo necessita de fundamentação jurídica. A esfera de liberdade do indivíduo é constituída, então, daquilo que lhe resta, abstraindo-se das limitações jurídicas que lhe são impostas. [...] b) Dentre as exigências jurídicas de caráter público, ínsitas são as que propõem ações positivas do Estado a serviço dos interesses individuais. [...] O reconhecimento da condição de membro que corresponde ao indivíduo contém em si, antes de tudo, a garantia daquelas exigências. [...] Estas exigências são o oposto das mencionadas anteriormente; seu conteúdo não forma a liberdade negativa em relação ao Estado, mas senão os serviços positivos por este devidos; elas constituem, concomitantemente, aqueles efeitos reflexos e uma compensação que o Estado oferece ao indivíduo pelos sacrifícios aos quais lhe obriga – em relação com o próprio Estado. c) A vontade do Estado é uma vontade humana. O Estado consegue, segundo uma ordem jurídica determinada, a colaboração das vontades individuais que devem realizar suas funções. O que pode ser feito de dois modos: ou criando obrigações ou concedendo um direito. Os direitos concedidos pelo Estado para poder realizar os seus fins [ordenamento jurídico em movimento] são o fundamento de uma posição mais ampla da personalidade, a qual consegue, deste modo, a participação na atividade do Estado ao ser reconhecida como titular de um órgão ele mesmo. [...] Daqui resulta, pois, uma situação de cidadão ativo, que na concepção dos antigos seria equivalente simplesmente à cidadã. Não há

Estado possível se inexistente os indivíduos que possam realizar essas exigências.²⁸²

Restam, então, caracterizadas as relações entre povo e Estado, cujo poder de *imperium* em determinado território geográfico delimita, e é, consoante assevera Jellinek, o elemento do direito público. O direito público, portanto, “é aquele que estabelece relações entre uma comunidade dotada de um poder de autoridade e as pessoas que se lhe apresentam como subordinadas e/ou iguais”²⁸³.

Compreendida, assim, a teorização geral da associação e, precisamente, do Estado no pensamento de Jellinek, importa, por fim, registrar a compreensão por ele verificada quando do elemento psicológico presente no povo. É esse elemento que, no limite, diferenciara

²⁸² *Ibid.*, p. 388-391. Do original: “*El reconocimiento del individuo como persona es el fundamento de todas las relaciones jurídicas. Mediante este reconocimiento, el individuo adviene miembro del pueblo, considerado éste en su cualidad subjetiva. [...] La totalidad de las exigencias puede dividirse en tres grandes categorías, que corresponden a distintas posiciones del status de la personalidad. a) El individuo, en tanto es persona, sólo está sometido a un poder limitado. La subordinación del individuo al Estado se extiende hasta donde el derecho ordena, pues toda exigencia del Estado respecto del individuo necesita estar fundada jurídicamente. La esfera de libertad del individuo la constituye aquello que resta para él, abstrayéndonos de las limitaciones jurídicas que le son impuestas. [...] b) En medio de las exigencias jurídicas de carácter público se encuentran ínsitas aquellas que se proponen acciones positivas del Estado, en servicio de intereses individuales. [...] El reconocimiento del carácter de miembro que corresponde al individuo encierra en sí, ante todo, la garantía de aquellas exigencias. [...] Estas exigencias son lo contrario de las mencionadas anteriormente. Su contenido no lo forma la libertad negativa respecto del Estado, sino los servicios positivos de éste. Ellas constituyen al propio tiempo aquellos efectos reflejos y la compensación que el Estado ofrece al individuo por los sacrificios que obliga a éste respecto de aquél. c) La voluntad del Estado es voluntad humana. El Estado consigue, según un orden legal determinado, la colaboración de las voluntades individuales que han de realizar sus funciones. Esto puede hacerlo de dos modos: o creando obligaciones, o concediendo un derecho. Estos derechos que concede él para poder realizar sus fines son el fundamento de una posición más amplia de la personalidad, que consigue de este modo la participación en la actividad del Estado al ser reconocida como titular de un órgano en el mismo. [...] De aquí resulta, pues, una situación de ciudadano activo, que en la concepción de los antiguos es tanto como decir simplemente de ciudadano*”.

²⁸³ *Ibid.*, p. 361. Do original: “*El derecho público es aquel que establece relaciones entre una comunidad dotada de un poder de autoridad y personas que le son iguales o le están subordinadas*”.

o ‘direito’ da associação Estado do ‘direito’ das demais associações e, por consequência, a plena vinculação do elemento Estado e direito positivo.

Jellinek não rejeita, de forma alguma, a existência de uma ordem espontânea ou um direito objetivo consoante a escola francesa. Pelo contrário, exatamente por reconhecer a espontaneidade ordenamental inerente a toda e qualquer associação é que busca, em sua teorização do Estado, diferenciá-lo – o direito – como elemento também distinto das demais ordens jurídicas ou sistemas ordenamentais cuja referência fora feita anteriormente. Impende, então, compreender que “Existem, hoje, múltiplas associações que, independente do Estado, estabelecem o seu direito. São elas a Igreja e todo o gênero de sociedades [...]”²⁸⁴.

Para além, portanto, do já esboçado poder de *imperium* que ao Estado é exclusivo – reitere-se, decorrente de conformação histórica – e que explica, na situação concreta, a absorção maior pelo Estado das demais associações, a superioridade do direito do Estado não repousaria tão somente neste elemento “força de autoridade”. Há, sobretudo, a participação de um elemento diferenciador psicológico cujo reflexo é constatável como elemento teórico da própria norma jurídica²⁸⁵.

Aponta, assim, para a perseguição deste elemento peculiar, a possibilidade de duas teorias a serem seguidas: (I) “buscar a essência do direito dentro da ordem objetiva, como se se fundasse por si só, independente do homem” ou (II) “como um fenômeno subjetivo e, por conseguinte, interno ao homem”²⁸⁶.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 346. Do original: “*También existen hoy una multitud de asociaciones que, independientemente del Estado, establecen su derecho. Tales son: la Iglesia y todo género de sociedades*”.

²⁸⁵ Utiliza-se, Jellinek, do termo prescrições jurídicas no sentido de diferenciá-las das demais prescrições também ‘regulamentadoras’ utilizadas pelas associações as mais diversas (a diferenciação e caracterização das normas jurídicas será analisada logo adiante). É a afirmação que apõe antes de teorizar, portanto, a “norma jurídica” em si: “*No hay disputa alguna sobre que el derecho consiste en un conjunto de reglas para las acciones humanas; mas este carácter lo poseen igualmente las prescripciones religiosas, las morales, las de la costumbre. Y si así es, ¿dónde radica, por consiguiente, la nota específica, diferencial, de las reglas y prescripciones jurídicas?*” Cf. *Ibid.*, p. 319.

²⁸⁶ *Id.*, loc. cit. No original: “[*Para determinar las relaciones entre Estado y derecho, tenemos necesidad de un concepto claro de éste, concepto que es difícil de abarcar en la totalidad de sus aspectos, pudiendo seguirse para conseguirlo uno de estos dos caminos:*] o buscar la esencia del derecho, investigando dentro de la naturaleza objetiva del ser como si estuviera fundado en él y fuese

O primeiro caminho, por óbvio, é deliberadamente desprezado na medida em que mera “especulação metafísica” cuja despreocupação com a vontade humana apresenta tão somente o “valor transcendental das instituições humanas”, pois “este direito, afirmava Grotius²⁸⁷,

independiente del hombre, o considerarlo como un fenómeno subjetivo y, por consiguiente, interno del hombre”.

²⁸⁷ SAHD, L.F.N.A.E.S. Hugo Grotius: direito natural e dignidade. **Cadernos de Ética e Filosofia Política** (USP), v. 15, p. 181-191, 2009. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/cefp/article/viewFile/82613/85574>>. Acesso em: 13 fev. 2017. Nesse sentido, esclarecedora não apenas acerca da exposição temporal de Jellinek, mas sobretudo, a posição acerca da expressão utilizada por Grotius: “O exame da realidade humana é necessário para o estabelecimento dos direitos, para a sua sistematização. O homem é concebido e afirmado como fonte de suas representações e de seus atos. O direito natural moderno será um direito *subjetivo*, criado e definido pela razão humana, no caso do racionalismo jurídico, ou pela vontade humana, no caso do voluntarismo jurídico, e não mais um direito *objetivo*, inscrito em qualquer ordem imanente ou transcendente do mundo. Aplica-se ao direito a convicção de que o homem é o princípio de toda normatização.” E prossegue, em nota explicativa (n. 6), precisamente sobre o termo de Grotius (utilizado por Jellinek) ao esclarecer que: “O direito natural e a sua razão incluem tudo aquilo que nós sabemos da vida humana sobre a Terra e, por isso, quando se trata de explicar o agir do homem, ou a teologia é coerente com o direito natural ou tem de fazer valer as suas afirmações apenas como especificações particulares, válidas para os cristãos, mas não para todos os homens. A teologia não pode intervir no mundo humano enquanto tal, e regula um âmbito separado, externo, ulterior, ao passo que o direito natural raciocina como se nem a religião nem Deus existissem. De certo modo, o caminho foi aberto pela polêmica iniciada por Grotius em seu Prolegômeno, em especial ao escrever: ‘Et haec quidem quae iam diximus, locum alicuius habent etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana’ (GROTIUS, *De Iure Belli ac Pacis Libri Tres, Prolegomena*, §11, p. 7, grifos de minha autoria). Aqui, também, a recepção crítica de Grotius varia conforme a ênfase concedida às partes da argumentação. Se considerarmos tão só o significado de *etiamsi daremus non esse Deum*, o impacto é surpreendente, pois de fato inicia o percurso já presente em Samuel Pufendorf e que foi concluído em Christian Thomasius. Se considerarmos, no entanto, a ressalva contida no parágrafo, que alerta para o absurdo da hipótese da inexistência de Deus, a tese grotiana deve ser relativizada. Embora não haja acordo entre os comentadores, a semente da laicização do direito natural foi plantada e os frutos não tardaram a desabrochar.” *vide Ibid.*, p. 182-183.

permaneceria possuindo valor ainda que Deus não existisse: *etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari non potest, non esse Deum*²⁸⁸.

O segundo caminho, consequentemente, é o seguido por Jellinek e, nesta perspectiva, enquanto elemento subjetivo, o direito integraria no/o inconsciente as representações humanas. Consideradas, também, enquanto ações humanas finalísticas, restaria esclarecida a nota diferencial do direito se encontrada a parte psicológica que corresponda à representação e, mais, aos fins específicos²⁸⁹ aos quais este seria destinado.

As notas distintivas da norma jurídica seriam, assim, em três:

- (I) São normas que se referem às relações externas e mútuas dos homens; (II) São normas que procedem de uma autoridade exterior reconhecida e; (III) São normas cujo caráter obrigatório está garantido por poderes exteriores.²⁹⁰

²⁸⁸ JELLINEK, *loc. cit.* Do original: “[La primera dirección es la de la especulación metafísica, y pretende conocer la existencia del derecho independientemente de la voluntad humana.] De este derecho es del que afirmaba Grocio que habría de continuar teniendo valor, aunque Dios no existiese: *etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari non potest, non esse Deum*. Pero nuestro problema no es conocer el valor trascendente de las instituciones humanas; [...]”.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 319-320. De forma bastante peculiar, se considerada a exposição teórica utilizada por Jellinek, tem-se aqui, nas finalidades primeiras que seriam albergadas pelo direito, elementos cuja construção não avoca maiores pormenores e/ou justificações históricas. Parte, assim, da afirmação de que se pode, em relação a estes fins, “chegar a um acordo”, pois: “*Respecto de este fin, fácilmente se puede venir a un acuerdo; porque es incuestionable que la protección y la conservación (y aun dentro de límites estrechos, el auxilio) de los bienes e intereses humanos mediante acciones u omisiones, son fines que corresponden al derecho. Incluso quien atribuya al derecho más amplios fines, necesita reconocer éstos que hemos señalado como los más inmediatos. El fin de conservación es también, hasta cierto punto, un fin propio de todos los demás grandes poderes sociales que influyen en la voluntad, de suerte que no es posible, concretándose a éste, encontrar la nota diferencial que buscamos.*”

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 320. No original: “A la jurídica [norma] corresponden los siguientes caracteres esenciales: 1. Son normas que se refieren a las relaciones externas y mutuas de los hombres. 2. Son normas que proceden de una autoridad exterior reconocida. 3. Son normas cuyo carácter obligatorio está garantido por poderes exteriores. [Éstos son los caracteres que distinguen las normas jurídicas de las religiosas, morales y relativas a la costumbre, a todas las cuales les falta alguno de los caracteres que hemos fijado como esenciales a las normas jurídicas.]”.

Logo, *a priori*, restariam essas como notas distintivas das normas jurídicas de todas as demais, inclusive, consoante assevera, dos costumes. Tem-se aqui, porém, uma ressalva na compreensão de Jellinek cujo traçado é o que fundamentará sobremaneira não apenas a força do Estado, mas a força do direito “regrado” cujo guardião e titular é, essencialmente, o próprio Estado.

Conquanto elemento subjetivo cujo nascedouro é congênito ao homem, a obrigatoriedade seria, assim, elemento também congênito à própria norma jurídica na medida em que “uma norma é obrigatória, pois, quando dispõe de capacidade bastante para motivar as ações da vontade, determinando-as” e, assim, portanto, restariam para muito além do arbítrio subjetivo²⁹¹.

A ordem jurídica, neste traçado teórico, repousa sobretudo sobre esse elemento subjetivo e, deste modo, “a positividade do direito descansa, pois, em última instância, na convicção de sua obrigatoriedade”²⁹². Há aqui, por isso, a projeção normativa daqueles elementos que refletem, de certa forma, as relações concretas dos povos, mas que, na medida em que tocam um campo mais específico das relações humanas, apresentam-se como elementos cuja imprescindibilidade é também projetada na transformação em normas jurídicas.

Neste primeiro momento, então, tem-se a projeção do elemento subjetivo, representações, como criador(as)²⁹³ do direito cuja guarda caberia ao Estado enquanto elemento unitário finalístico.

²⁹¹ *Id.*, *loc. cit.* No original: “[Es nota necesaria a todo derecho la de su obligatoriedad. Sólo forma parte del orden jurídico un principio de derecho si es obligatorio; pero si ha dejado de serlo o no ha llegado aún a ser derecho, entonces no es tal en el verdadero sentido de la palabra.] Una norma es obligatoria, pues, cuando dispone de capacidad bastante para motivar las acciones de la voluntad, determinándola. [Esta capacidad de la norma nace de nuestra convicción, derivada directamente de ella, de que estamos obligados a obedecerla.]”

²⁹² *Id.*, *loc. cit.* Do original: “La positividad del derecho descansa, pues, en última instancia, en la convicción de su obligatoriedad; sobre este elemento puramente subjetivo, se edifica todo el orden jurídico”.

²⁹³ *Id.*, *loc. cit.* Veja-se, para tanto que: “Ésta es la consecuencia necesaria del reconocimiento de que el derecho es interior a nosotros, de que es una función de la comunidad humana y necesita, por tanto, descansar en elementos puramente psicológicos.”

A tendência à racionalização²⁹⁴ destes elementos institucionais que se refletem no ordenamento do Estado é também um corolário dessa projeção interior inerente ao indivíduo, na medida em que pressupõe a crença, convicção na obrigatoriedade. Ocorre que, consoante afirmado anteriormente, Jellinek não desconsidera a existência de ordenações outras e nem tampouco desconsidera que as relações de força²⁹⁵ existentes na sociedade interferem sobremaneira, senão refletem, a/na própria estrutura não apenas do Estado, mas da própria conformação do direito²⁹⁶.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 337. No original: “*Toda la historia del derecho está formada por un proceso ininterrumpido de racionalización de las instituciones, como hemos expuesto al tratar de la modificación de los fines. [...] De esta racionalización participa también el orden del Estado. [...] Al historiador le parece tan evidente la conclusión de que, puesto que el Estado existe, es racional, que no advierte los hechos psicológicos que existen en la base de esta consideración de racionalidad.*”

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 326. Não obstante Jellinek admita, em parte em proximidade com o pensamento francês e, em parte em proximidade com a força material exposta por Romano nas associações menores, o reconhecimento da conformação das forças reais de poder, crítica, sobretudo, a escola francesa ao pretender simplificar em conceito único a realidade social cuja complexidade não suportaria, por definição, tal redução. Afirma, portanto: “*Favorece grandemente a la doctrina del Estado en conocimiento fundamental de la significación normativa de los hechos. Gracias a esto recibe una base sólida y se hace inteligible lo que respecta a la teoría social de las relaciones del Estado y la sociedad. Según ésta, la ordenación de aquél significa un compromiso permanente entre los grupos particulares que luchan por la dominación, y la Constitución del Estado a su vez expresa las relaciones de potencialidad entre los distintos factores sociales. Es preciso distinguir entre la Constitución escrita y la Constitución viva de un Estado. Esta última, en que encuentra expresión la realidad del Estado, consiste en la división efectiva del poder, división que es independiente en todos los Estados de las fórmulas de derecho escritas existentes en él.*”

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 326-327. Acerca deste dualismo inerente, esclarece que: “*Es preciso completarla mediante la idea de que en las relaciones reales reside una fuerza normativa; esto es, que de aquellas relaciones nace la siguiente convicción: las relaciones reales de dominación han de ser consideradas como jurídicas. Donde falta esta convicción, allí será menester el orden real de fuerzas exteriores para ser mantenido, lo cual le hace imposible a su vez ser duradero, pues o aparecerá una costumbre que se imponga a esta situación o el orden puramente exterior se deshará. Pero allí donde los hechos han sido elevados a la categoría de normas por haber adquirido el carácter de costumbres y haber alcanzado éstas a su vez un reconocimiento exterior, resultará, que las situaciones que un extranjero habría de considerar injustas, repútanse aquí completamente legales.*”

Consequentemente, dessas relações de força tem-se, também, a modificação da ordem política.

Há, dessa consideração, uma espécie de movimento inverso ao primeiro apresentado – a projeção do direito como elemento de representação interna; esse movimento observa também os influxos dessas forças materiais internas à ordem Estatal, os quais, uma vez predominantes, modificam, por assim dizer, tudo quanto apresentável como direito anterior. Ou seja, a representação exterior cuja racionalização busca-se, de forma externa ao homem, para, então ‘racionalizada’, (re)conformá-la internamente como elemento psicológico ‘correto’; trata-se, assim, de uma espécie de dualismo²⁹⁷ concomitante que se ‘auto completa’ e justifica.

Esse movimento é verificado sobretudo quando diante de ‘rupturas’ institucionais, golpes de Estado²⁹⁸ e movimentos congêneres que possuem, por isso mesmo, a possibilidade de transformação

²⁹⁷ Dualismo no sentido de imprescindível movimento que, se por um lado cria a projeção do direito a partir do real, pode também, por outro lado, a partir de uma projeção forjada, interferir no consciente subjetivo e, portanto, alterar a própria racionalidade fundadora do elemento direito, pois: “*Si como antes hemos dicho, es el hecho el que hace nacer el derecho, en este caso sucede lo contrario, que la representación del derecho es la que crea la realidad.*” (Ibid., p. 330) E prossegue, afirmando que: “*Sólo estas ideas pueden dar lugar –en caso de destrucción del orden existente en un Estado y hasta tanto que nazca una convicción de orden consuetudinario– a un orden nuevo que remplace al que fue aniquilado y prestar a este orden, ya de un modo total, ya en algunas de sus partes esenciales, un carácter jurídico. Pero antes que la costumbre lleve a cabo la transformación de lo real en normativo, la convicción de la racionalidad del nuevo orden engendra la representación de su conformidad a derecho. Por esto puede suceder que la transformación del orden del Estado, llevada a cabo mediante una revolución triunfante, sea inmediatamente considerada como derecho vivo durante el lapso de tiempo que media hasta que el pueblo, en su mayoría, la apruebe. Así, por ejemplo, la caída de Napoleón III, mediante la revolución del 4 de septiembre de 1870, fue considerada por la mayor parte de los franceses como legal, y conforme a esto ha podido llevarse a cabo la transformación del segundo Imperio en tercera República casi sin que exista un hiatus jurídico.*” Cf., Ibid., p. 336.

²⁹⁸ Ibid., p. 327. Senão veja-se: “*Las modificaciones más profundas en la estructura de los Estados llévase a cabo no poco frecuentemente por actos de fuerza, como revoluciones y golpes de Estado. La modificación de las fuerzas reales de las relaciones entre los órganos superiores del Estado se infiltra en las instituciones mismas, aun cuando no se haya modificado una letra de la Constitución.*”.

normativa em relação ao ordenamento anterior²⁹⁹ e, nesta perspectiva de ruptura, apresentam-no, consequentemente, como não mais racional³⁰⁰.

É exatamente desse duplo movimento que, não apenas cabe ao Estado positivar, por assim dizer, os elementos psicológicos representativos da consciência humana como, também, assegurar, pelo próprio direito, sobretudo aliado à força de autoridade do poder, a permanência destes elementos finalísticos.

²⁹⁹ Certo de que o foco desta compreensão exposta por Jellinek decorre, sobretudo, da necessidade teórica de robustez do Estado e, para tanto, de afastar os elementos erosionadores que se lhe possam apresentar na realidade social; movimento que caracteriza a juspublicística alemã, a partir de Hegel, consoante já asseverado. Ilustrativo, portanto, o esclarecimento realizado por Jellinek cujo foco não se lhe pode negar a genialidade: “*Así, por ejemplo, en el comienzo del movimiento revolucionario en Francia, en aquella memorable sesión real del 23 de junio de 1789, cuando el tiers état se niega a obedecer las órdenes del rey y se declaró a sí mismo asamblea nacional dotada de poder constituyente, cree hallarse dotado de derecho para ello. Los hombres que llevaron a cabo este acto trascendentalísimo tenían la convicción de que el antiguo Estado monárquico descansaba sobre el principio de la soberanía popular y que el rey no era otra cosa que el funcionario ejecutor de la voluntad común, y esta creencia la transforman los revolucionarios en una realidad jurídica sin que el tercer Estado encontrase ningún obstáculo serio para ello. La primera Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 está formada completamente partiendo de la base de la soberanía popular y el lugar que al rey se le concede en ella es el que le asignaba Rousseau en su Contrat social.*” Cf., *Ibid.*, p. 331.

³⁰⁰ Pois, em continuidade à compreensão acerca das rupturas institucionais, afirma que: “*Con la modificación de las relaciones sociales se modifica también singularmente el valor atribuido a las normas que están en vigor. En la sociedad existe un movimiento ininterrumpido y una transformación igualmente incesante de la que participan las distintas normas. Porque este movimiento siempre va acompañado de un impulso a modificar y a complementar el derecho existente. En todas las épocas en que este impulso ha alcanzado un grado intenso, se ha producido inmediatamente una doctrina a veces clara, a veces oscura sobre la esencia del derecho. Al derecho hoy en vigor, opónesele otro con exigencias que pretenden ser de mayor valor y que se presenta como una promesa de realización. No ha sido casual el que todas las revoluciones de la época moderna hayan encontrado su inspiración en la doctrina del derecho natural [...] Pero no sólo se ha abierto camino el derecho natural mediante la fuerza, sino que la convicción inmediata de su carácter obligatorio se ha reflejado en las concepciones prácticas, de suerte que este derecho ha llegado a ser realmente aplicado y tácitamente reconocido como derecho positivo por parte de los poderes dominantes*” Cf. *Ibid.*, p. 329-330.

Disso decorre, por fim, não apenas o movimento finalístico corporativo da “associação”, no caso Estado, mas principalmente, a constante (re)internalização – então “racional”³⁰¹ – desses elementos cuja própria positividade refletiria a ‘naturalidade espontânea’ e, conseqüentemente, racional. Desta forma, garantir-se-ia o afastamento completo de/dos elementos puramente políticos na ordem jurídica, que é, consoante Jellinek, a ordem jurídica Estatal e que pode, por assim dizer, não apenas garantir, mas promover a realização do direito no concreto, do concreto para o concreto.

2.2 A ESCOLA DE BORDEAUX

"In eo vivimus, movemur et sumus. Le droit, c'est la vie". Sintetizam, de forma bastante clara, as palavras de Lermnier³⁰² o reflexo filosófico³⁰³ cuja influência conformou o pensamento da Escola francesa

³⁰¹ *Ibid.*, p. 337. Nesse sentido: “*Pero también tiene una gran participación el elemento racional de la formación del derecho en la fijación del orden, porque puede determinar y adecuar las instituciones en una época dada, sin modificarlas esencialmente en su forma, a fines que aparezcan como racionales. Toda la historia del derecho está formada por un proceso ininterrumpido de racionalización de las instituciones, como hemos expuesto al tratar de la modificación de los fines. La continuidad histórica de las instituciones humanas descansa en la posibilidad de la transformación de las tradiciones conforme a los fines sociales reconocidos como racionales. [...] Sobre la base de una experiencia, que durante largo tiempo ha ido unida a una institución, se forma la representación que más tarde se aplica respecto a la racionalidad de la misma. La institución en sí aparece para el pensar común desligada, a causa de esto, de su base jurídica, positiva, y toma el carácter de una institución social racional aparentemente producida, de un modo inmediato, por la razón.*”

³⁰² LERMINIER, Eugène. **Philosophie du Droit**. 3 édition. Paris: Guillaumin, 1853, p. 433. No original: “[*Le droit est la réalité même ; il est la charpente de l'histoire ; il enveloppe dans son cercle la religion, l'industrie, l'art, la philosophie : car c'est par sa liberté nécessaire que l'humanité peut vaquer à ses idées et à ses désirs.*] *In eo vivimus, movemur et sumus. Le droit, c'est la vie*”.

³⁰³ Importa esclarecer que a síntese ora aposta não pretende, de forma alguma, ‘ascender’ o fenômeno direito como elemento de primeira importância para o positivismo filosófico; certo, pois, de que este “*nutriva scarso interesse per il diritto, e lo risolveva, in quanto uno dei tanti fenomeni sociali, nella sociologia*”, vide FASSÒ, 2001, p. 176. Optou-se, porém, por utilizá-lo na medida em que não apenas aponta a orientação filosófica respectiva, mas, ainda, apresenta o direito

do positivismo filosófico. Além disso, clareiam, particularmente, ainda mais, as premissas teóricas das quais partem os autores abordados no presente tópico, ora ‘ajustados’ na escola sociológica do direito.

De imediato não se lhe associa, na mente comum, a corrente sociológica na medida em que os louros repousam sobretudo em Comte e, posteriormente, em Durkheim. Entretanto, a compreensão por Lermnier exposta apresenta não apenas alguns dos elementos caracterizantes do positivismo sociológico, mas além, apresenta a base de conformação do tempo histórico³⁰⁴ no qual se fundamenta a presente abordagem e, portanto, correlaciona-se com o presente trabalho.

Imperioso também registrar, sem desconsiderar a peculiaridade³⁰⁵ dos pensadores ora abordados, que “a readução do direito ao fato social

como elemento de primordial importância para a análise a que ora se propõe o presente trabalho.

³⁰⁴ Cf., LERMINIER, *op. cit.*, p. 436. Senão: “*L’histoire générale et comparée du droit et des législations est donc aujourd’hui nécessaire. Si les sciences naturelles ont dû leurs rapides progrès à la méthode d’observation qui inspecte, compare, généralise, cherchant partout les rapports, les différences et les analogies, comment la même méthode appliquée aux phénomènes du monde moral et juridique ne serait-elle pas effective et féconde ? Cette histoire n’est pas seulement un tableau, elle est encore une école de vérité et un enseignement qui mènent à des réformes pour l’avenir. Effectivement, l’histoire, c’est nous, nous dans le passé, nous cherchant à ressaisir la conscience de ce que nous avons été avant de paraître dans notre siècle, cherchant à nous rappeler les premiers chants de la vaste épopée dont nous sommes aujourd’hui les héros*”.

³⁰⁵ Esclareça-se, nesse sentido, o ponto que ora se pretende. Vide, para tanto, MICHEL, Henry. **L’idée de L’État** : essai critique sur l’histoire des théories sociales et politiques en France depuis la Révolution. 3^e édition, revue. Paris: Hachette, 1898, p. 430-432. Nesse sentido, elucidativo: “*Avant d’Être parvenue à l’état scientifique ou positif qui est, ou du moins devrait être son état actuel, la politique, comme toute branche des connaissances humaines, mais avec cette différence qu’elle a été la dernière à fournir son évolution, a passé par deux autres états : l’état théologique et l’état métaphysique. La doctrine du droit divin exprime l’état théologique de la politique, la doctrine du contrat social et de la souveraineté populaire en exprime l’état métaphysique. La politique vraiment « scientifique », celle qui exprime l’état positif, aura son point de départ dans une proposition très simple ainsi formulée : l’ordre social est, à tous les moments du développement de l’espèce humaine, « la conséquence nécessaire de son organisation ». Qu’est-ce donc que l’organisation de l’espèce lui permet, qu’est-ce qu’elle lui impose ? Elle lui permet et lui impose d’agir sur la nature « pour la modifier à son avantage ». La succession des institutions retrace l’histoire de cette accommodation graduelle du moyen, qui est l’ordre social, à la fin, qui est l’empire sur la nature. La tâche du politique consiste, dès lors, à bien observer*

não era em si tese original, vez que se encontra já no pensamento de Aristóteles e, em geral, todas as filosofias jurídicas e sociais do método empírico [...]”³⁰⁶. O que, em tese, prescindiria³⁰⁷ da abordagem

le développement collectif de l'espèce, la marche qu'elle a suivie, les états intermédiaires par lesquels elle a dû passer, avant de parvenir à l'état définitif. La série de ces observations, bien conduite, indiquera les perfectionnements encore possibles, les progrès réservés au temps présents et à l'avenir. Il ne s'agira plus ensuite que de favoriser le succès des combinaisons politiques les plus propres à accélérer la marche de la société dans le sens où la porte son développement antérieur. Ainsi comprise, la politique devient une science, et son avènement au rang des sciences constitue une révolution morale « à la fois plus inévitable, plus mûre, plus urgente que toute les autres » car, seule, elle mettra fin à la crise née de la prétention irrationnelle des métaphysiciens et des hommes de la Révolution à constituer un ordre nouveau avec les principes purement « critiques » qui leur ont servi à détruire l'ordre ancien. Seule elle peut fournir à la société le principe « organique » dont celle-ci a si grand besoin. Aux « savants », et non pas à ceux d'un seul pays, mais à tous les savants « européens », la mission de tracer le plan des travaux nécessaires à la réorganisation de la société. Ces travaux comportent trois séries : un « système d'observations historiques sur la marche générale de l'esprit humain, destiné à être la base positive de la politique » ; un « système complet d'éducation positive » convenant à la « société régénérée » ; enfin « l'exposition générale de l'action collective que, dans l'état actuel de toutes leurs connaissances, les hommes civilisés peuvent exercer sur la nature, pour la modifier à leur avantage, en dirigeant toutes leurs forces vers ce but, et en n'envisageant les combinaisons sociales que comme des moyens d'y atteindre »”.

³⁰⁶ FASSÒ, *op. cit.*, p. 155. Do original: “È da osservare peraltro che la riadduzione del diritto al fatto della società non era per sé stessa tesi originale, giacché essa si ritrova già preso Aristotele e in generale in tutte le filosofie giuridiche e sociali di metodo empiristico (l'esempio più notevole lo abbiamo incontrato presso il Montesquieu).” Em complemento à ressalva aposta por Fassò quando da afirmação ‘inovadora’ de Comte, no que tange à sociologia, elucidativo o que apõe Henry Michel: “Au reste, Comte a saisi mieux que Savigny, mieux surtout que Montesquieu, la capitale et décisive importance du point de vue historique. Le XIX^e siècle a pour caractéristique « l'universelle prépondérance de l'histoire ». Il ajoute que « la su prématie [sic] du point de vue historique » est à la fois le « principe essentiel et le résultat général » du positivisme. Vue pénétrante et juste. Le positivisme est la plus puissante des voix par lesquelles le siècle a crié infatigablement : tout ce qui est devait être, et ne pouvait pas être autrement qu'il n'est.” Cf. MICHEL, *op. cit.*, p. 456-457.

³⁰⁷ Nesta perspectiva, reitera-se o fundamento da abordagem do pensamento de Lerminier na medida em que, quando dos seus postulados, das premissas teorizantes que guiam a conformação de seu pensamento, restam muito claros os

‘obrigatória’ respectiva tanto de Comte como de Durkheim, uma vez clara a influência direta sobre a escola sociológica francesa nos autores abordados neste tópico e, mais, a perspectiva pela qual ora se lhes analisa.

Além do mais, conforme ainda Fassò, o caracterizante elementar deste movimento restaria identificado essencialmente pela busca de leis constantes e invariáveis na própria sociedade, na medida em que “a velha aspiração de um saber universal e abrangente, que o Medievo tentou cumprir pela teologia, renasce na forma ‘moderna’ na esperança, mesmo na confiança, de que as ciências naturais possam cumpri-las”³⁰⁸.

elementos apontados também por Fassò, senão: “*Sous toutes les faces l’homme est sociable. Animal politique, comme dit Aristote, il ne vit que d’acointance, de compagnonnage et de communication. Aussi il se fait une famille, une patrie, un monde, poursuivant partout le plan et le but d’une association, d’une unité morale au sein de laquelle il puisse se trouver à la fois heureux et libre. Libre ! voilà le côté saillant et délicat de la sociabilité. L’homme rencontre des êtres qui lui ressemblent parfaitement. Alors il conçoit qu’il a le devoir de respecter ceux qu’il appelle ses semblables, et qu’il a le droit d’en être respecté lui-même ; qu’entre lui et eux il y a identité, et partant équation de droits et de devoirs. Ainsi la première notion de droit se produit sous une forme négative, restrictive. C’est pour l’homme la reconnaissance obligatoire, mais inactive, de sa propre liberté et de celle des autres.*” Cf. LERMINIER, 1853, p. 24-25.

³⁰⁸ FASSÒ, 2001, p. 154. No original: “[Appunto leggi costanti ed invariabili si pensa ora che possano essere scoperte anche nella società:] e la vecchia aspirazione ad un sapere universale e totale, che il medioevo aveva tentato di soddisfare per mezzo della teologia, rinasce in forma «moderna» nella speranza, anzi nella ferma fiducia che a soddisfarla possa valere il metodo delle scienze della natura”.

Logo, certo de que é observada a realidade social como totalidade-orgânica³⁰⁹, as reflexões sócio-naturalistas são lhes, a ambos os juristas analisados no presente tópico, elemento comum³¹⁰.

³⁰⁹ Embora, consoante asseverado, distante das pretensões reducionistas e dos direcionamentos descabidos, certo de que a compreensão de Lermnier é, por isso mesmo, particular; apresenta, porém, por um lado a totalidade e, por outro lado, a compreensão histórica cuja compreensão entende-se pertinente com o pensamento analisado no segundo capítulo do presente trabalho. Vide, porém: “*Il y a deux mondes : celui de la nature et celui de la pensée. Sans doute, soit que l'homme explore l'un, ou se développe dans l'autre, c'est toujours lui qui pense et qui constitue ainsi l'unité de la science humaine. Mais une différence fondamentale sépare la connaissance du monde physique de celle du monde moral : dans les sciences naturelles la pensée de l'homme opère sur un fond extérieur et sensible ; dans les sciences morales, elle n'opère que sur elle-même, et se trouve à la fois sujet et objet. Or, dans la philosophie spéculative, l'homme se voit pensant, et cherche les lois de sa pensée. Dans la philosophie sociale, l'homme se voit agissant, et cherche les lois de ses actions ; et, comme dans sa pensée et dans ses actions, il est toujours sa preuve à lui-même et ne peut te comparer qu'à lui, il lui arrive de se tromper souvent, de se tromper plus que dans l'étude du monde physique. Il lui arrive aussi de chercher un point d'appui hors de lui-même, et de se tourner vers Dieu. Voilà pourquoi il demande à une révélation surnaturelle ce qui lui manque dans sa pensée, heureux d'obtenir, par cette sublime entremise qu'on appelle la religion, que la paix et l'espoir reviennent habiter son cœur.*” Cf. LERMINIER, *op. cit.*, p. 432-433.

³¹⁰ Vide FASSÒ, *op. cit.*, p. 208-209: “*Al positivismo e alla sociologia, al Comte e al Durkheim, si ricollega invece il francese Leone Duguit (1859-1928), il quale peraltro è tanto lontano dal positivismo giuridico formalistico da aver potuto essere accusato di giusnaturalismo: prova ulteriore dell'eterogeneità e dell'assenza di implicazioni necessarie fra positivismo filosofico e positivismo giuridico. Contro il concettualismo dei giuspositivisti formalisti, il Duguit rifiuta i concetti della scienza giuridica che non corrispondono a fatti reali e concreti, concetti che egli considera metafisici: sicché è metafisica la scienza giuridica formalistica. Per scienza, il Duguit intende positivisticamente soltanto la conoscenza che consti di ragionamenti sperimentali concernenti fatti. [...] Qualche affinità con le dottrine del Gierke e del Duguit si riscontra in quella di un altro giurista francese, Maurizio Hauriou (1856-1929). Anch'essa di fondamento sociologico, tale dottrina è imperniata sul concetto di istituzione: termine destinato ad avere in Francia, e per altra via in Italia, molta fortuna*”. No mesmo sentido, vide FARALLI, Carla. Léon Duguit filosofo del diritto. In: Leon Duguit. **Le trasformazione dello Stato**. Torino: G. Giappichelli, 2003, p. 27-41. Naquilo que pertine à Duguit, a despeito do termo, registre-se a ressalva teórica realizada: “*È indubbio che di giusnaturalismo, a proposito di Duguit, non si può parlare se con giusnaturalismo si intende una teoria del diritto universale*”.

E, muito embora, as peculiaridades teóricas devam ser resguardadas, sem qualquer pretensão simplista ou reducionista, o escopo por eles pretendido, enquanto conformador do pensamento, é sobretudo “a eliminação da totalidade dos conceitos metafísicos e, sucessivamente, o pesquisar, mediante o método da observação direta, o que seriam o direito, o Estado, etc.”³¹¹.

Por derradeiro, portanto, de forma sobremaneira clara:

Isto não é tudo; a sociabilidade humana não está completa. Do sentimento de liberdade recíproco e da igualdade mútua, o homem há de precisar da simpatia e da associação. O primeiro sentimento era individual, abstrato; foi o grito de uma independência inata e de um egoísmo indestrutível. O segundo decorre de uma generosa expansão, a prova de uma atração irresistível, de uma solidariedade que constitui as famílias e em seguida os povos, pelo que torna-se o homem então nacional. A liberdade individual e de associação constituem, então, a sociabilidade. Eis as duas ideias fundamentais de toda política, e que, por suas importâncias, prevalecem em todas as pesquisas sobre as melhores formas de governo. É-nos fácil, portanto, resolver esta questão: há ou não há um direito natural? Há um. É este o direito de manter sua liberdade, de desenvolvê-la, de fazê-la crescer para que dê sempre frutos novos. Mas não há um direito natural se se pretende compreender estas palavras uma espécie de código com princípios formulados, verdadeiras entidades escolásticas que as revoluções sociais encontram imóveis. O direito compreende tudo/um elemento

ed eterno. Il giusnaturalismo di cui il giurista francese è stato polemicamente «accusato» altro non è che non positivismo-giuridico, non formalismo: egli infatti, fedele alla lezione del positivismo filosofico, richiamandosi alla realtà delle cose, non riduce il diritto alla legge positiva. Questa non crea il diritto oggettivo, ma, come si è visto, lo constata: esso le preesiste nella società”. Cf. FARALLI, op. cit., p. 40.

³¹¹ FARALLI, op. cit., p. 31. Do original: “[Il compito del giurista deve consistere per Duguit prima di tutto] nell’eliminare la totalità dei concetti metafisici e, sucessivamente, nel ricercare mediante il metodo dell’osservazione diretta, cosa siano effettivamente il diritto, lo Stato, ecc.”.

unitário e sempre progressivo, indelével e modificável, sempre o mesmo e sempre diverso.³¹²

Não obstante essa diretriz geral, por assim dizer fundante, do positivismo filosófico, cujas influências marcam de forma indelével o positivismo sociológico – a denominada escola sociológica francesa –, no que tange ao presente trabalho, necessária faz-se a análise específica dos juristas ora abordados, é dizer, Maurice Hauriou e Léon Duguit.

2.2.1 O institucionalismo de Hauriou³¹³

Conquanto tratar-se também da teorização do institucionalismo em contexto cultural distinto daquele em que bosquejado pelo jurista palermitano, Hauriou esboça, de forma mais concentrada, os elementos que conformam a sua teoria acerca do institucionalismo.

A correlação é de todo inafastável e permite analisar a quase similaridade teórica. Motivo pelo qual impende esboçá-la, também, em alguns pormenores que corroboram o que fora anteriormente exposto

³¹² LERMINIER, 1853, p. 24-25. Do original: “ *Ce n’est pas tout ; et jusqu’ici la sociabilité humaine n’est pas complète. Du sentiment de la liberté réciproque et de l’égalité mutuelle, l’homme passe ou revient au besoin de sympathie et d’association. Le premier sentiment était individuel, abstrait ; c’était le cri d’une indépendance innée et d’un égoïsme indestructible. L’autre est l’élan d’une expansion généreuse, la preuve d’une attraction irrésistible, d’une solidarité qui constitue les familles, puis les peuples, et d’humaine devient nationale. La liberté individuelle et l’association constituent donc la sociabilité. Voilà les deux idées fondamentales de toute politique, et qui priment par leur importance toutes les recherches sur les meilleures formes de gouvernement. Il nous est facile maintenant de résoudre cette question : Y a-t-il ou n’y a-t-il pas un droit naturel ? Il y en a un. C’est ce droit tout à fait naturel de maintenir sa liberté, de la développer, de la grandir et de lui faire porter des fruits toujours nouveaux. Mais il n’y a pas de droit naturel, si l’on veut entendre par ces mots une espèce de code de principes formulés, véritables entités scolastiques que les révolutions sociales trouveraient immobiles. Le droit est tout ensemble un élément toujours un et toujours progressif, ineffaçable et changeant, toujours le même et toujours divers.*”

³¹³ Maurice Hauriou (1856-1929). Jurista francês, graduado na então Faculdade de Direito de Bordeaux em 1876, mesmo local no qual em 1879 obtém o título de doutor. Assume a Faculdade de direito de Toulouse, após concurso no qual concorrera também Leon Duguit. Vencedor, trata então de história do direito e, posteriormente, da cátedra de direito público e direito constitucional.

quando do trato do institucionalismo e, mais, do pensamento crítico em geral, de Santi Romano. Nesse sentido, a despeito de apresentar o conceito de instituição de forma bastante clara, o que permite a correlação direta com o exposto por Romano, Hauriou não se furta de aportar uma série de críticas teóricas que, de certa forma – assaz sintetizado se comparado com o jurista palermitano que se deleita na escrita, o que explicaria, também, o esmiuçar mais profundo de Romano – tornam visíveis aos olhos a proximidade teórica crítica de ambos juristas.

É dizer, o traçado teórico segue uma linha bastante vizinha, não pretendido aqui suprimir as idiossincrasias nem tampouco forçá-las à similitude, sobretudo quanto à lógica utilizada, na medida em que não é a pretensão deste trabalho exaurir a análise do institucionalismo de Hauriou.

Portanto, por fins metodológicos, tratar-se-á do caminhar por sobre o traçado teórico realizado por Hauriou para, então, expor, de forma direta e clara, tal qual por ele pretendido, o conceito de instituição, de forma que não feneçam os elementos agregadores correlacionáveis com o até então exposto.

A compreensão histórica da qual parte Hauriou permite, de forma clara, compreender também aquela exposta por Romano quando da constatação situacional do ente ‘Estado’ como corolário conformado da “*vicenda*”; da sucessão natural das coisas.

As instituições representam no direito, como na história, a categoria da duração, da continuidade e do real; a operação de suas fundações constituem o fundamento jurídico da sociedade e do Estado. A teoria jurídica da instituição, que adere estreitamente à realidade histórica, é resultado de um processo de formação lento. Encontrou a sua verdadeira característica tão somente quando o terreno estava livre das disputas em torno do contrato social e à relação entre objeto e sujeito.³¹⁴

³¹⁴ HAURIOU, 1933, p.89. Do original: “ *Les institutions représentent dans le droit, comme dans l’histoire, la catégorie de la durée, de la continuité et du réel ; l’opération de leur fondation constitue le fondement juridique de la société et de l’État. La théorie juridique de l’institution, qui serre de près la réalité historique, a été lente à s’organiser. Elle n’a trouvé sa véritable assiette que lorsque le terrain a été déblayé par la querelle du contrat social et par celle de l’objectif et du subjectif*”.

Reflexo provável do traçado teórico similar³¹⁵ por sobre o qual ambos os juristas se debruçam é, certamente, a aproximação histórica situacional. E, muito embora Hauriou não se utilize do deleite poético presente em Romano, ambos direcionam suas críticas sobretudo à juspublicística alemã.

Se é bem verdade que as críticas teóricas aproximam-se, verdade se apresenta também que é a juspublicística alemã que fornece os elementos – no sentido negativo – sobre os quais teorizam a via alternativa do institucionalismo. Principalmente se considerados os aspectos elementares da crítica, a saber: o fundamento do Estado, o fundamento do direito e, conseqüentemente, o dualismo daí decorrente.

Hauriou distingue, num primeiro momento, a imprescindibilidade da teoria do direito acerca dos direitos objetivos e dos direitos subjetivos. Compreendidos estes como os atos volitivos e conscientes e aqueles como os não dependentes de quaisquer atos volitivos, é dizer, existentes por si sós³¹⁶ – de forma objetiva.

³¹⁵ A especificação sobre a então sutil crítica ao contrato social e entre ‘subjetivismo’ e ‘objetivismo’ presentes na teoria de Hauriou serão esclarecidas adiante ; registre-se, porém, a já existente similitude entre a crítica ficcional do Estado em Santi Romano como criação *ex nihilo* e, conseqüentemente, a posterior crítica acerca do direito positivo em sua relação (pretensamente supressora) dos costumes. Ainda, em sentido mais aproximado com o pensamento de Duguit, prossegue Hauriou: “*Il y avait un autre écueil. L’État n’a pas toujours existé, c’est une formation politique de fin de civilisation ; les sociétés humaines ont vécu bien plus longtemps sous le régime des clans, des tribus, des seigneuries féodales que sous le régime d’État. Avec ces formations primaires, ou bien le droit était coutumier, ou bien il émanait du pouvoir du chef, en aucun cas, il n’était l’expression de la volonté de personnes morales qui n’existaient pas. Fallait-il aller jusqu’à dire que le droit du clan ou le droit tribal ou le droit seigneurial n’étaient pas du droit véritable ou, plus simplement, qu’avant l’avènement de l’État la règle de droit n’existait sous aucune forme ?*” Cf. *Ibid.*, p. 92.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 90. No original : “*Les juristes entendent par droit subjectif tout ce qui, dans le droit, se maintient par la volonté consciente de sujets déterminés, par exemple, les situations contractuelles, les dispositions testamentaires dites de dernière volonté : ils entendent, au contraire, par droit objectif tout ce qui, dans le droit, se maintient sans le secours de la volonté consciente de sujets déterminés et qui, ainsi, semble se maintenir par soi-même, par exemple une règle de droit coutumière*”.

Dessa distinção decorreria uma já ‘inicial contradição’ da juspublicística tedesca, a qual seria negada pela própria história³¹⁷.

É dizer: se considerado o Estado enquanto pessoa jurídica, portanto com atos conscientes volitivos e, se considerado ainda que, antes do Estado houve organizações outras que não a estatal e que havia ali (também) direito – compreendido este como regulamentação, ordenamento –, composição esta reconhecida pelo próprio dualismo, decairia, por corolário, a base da própria teoria alemã³¹⁸.

Há, assim, de forma congênita, na base teórica da juspublicística alemã, a própria negação da teoria ou, senão, a negação da própria história, pois consoante assevera Hauriou:

³¹⁷ *Ibid.*, p. 90-91. Nesse sentido: “*Depuis toujours, et instinctivement, les juristes avaient admis, dans le système juridique, la coexistence d’éléments subjectifs et d’éléments objectifs : la personnalité juridique, les droits subjectifs, les actes juridiques constituaient le premier groupe ; l’ordre public et ce qu’on appelait la « réglementation », c’est-à-dire, la masse des lois, des règlements et des coutumes, constituaient le second. Ce dualisme, correspondant à celui de la volonté consciente et de l’idée subconsciente, constituait un sage compromis. [...] Le système subjectiviste s’édifia sur la base de la personnalité juridique, en annexant aux personnes individuelles les personnes morales corporatives et, la plus notable de toutes, la personne État. On eut la prétention de faire de ces personnes et de leurs volontés subjectives le support de toutes les situations juridiques durables et même des normes des règles du Droit. Des auteurs allemands, Gerber, Laband, Jellinek, pour faire entrer de force la « réglementation » dans le système du droit subjectif, imaginèrent de ramener les règles du droit à des volontés subjectives de la personne État*”.

³¹⁸ Não obstante a crítica exposta por Hauriou, impende reiterar que, para Jellinek, consoante asseverado, há direito nas associações menores na medida em que é o Estado também uma associação, resguardadas suas peculiaridades já expostas, porém, efetivamente busca Jellinek diferenciar este ‘direito’ de uma característica distinta exatamente para justificá-lo projetado na titularidade do Estado, por assim dizer. Ocorre que, neste peculiar, vê-se a genialidade de Romano ao revelar esta confusão conceitual e, então, projetá-la como elemento de incompreensão do próprio ordenamento jurídico, cuja unidade seria, para o palermitano, por confusão inerente, desconhecida dos demais juristas, afinal: “*Esse, invece, rappresentano giuste intuizioni, che hanno però bisogno di essere dimostrate, della verità che la natura di un ordinamento giuridico non si rileva tutta e non può cogliersi quando si abbia riguardo non alla sua unità, ma alle varie norme che ne fanno parte: il quid che costituisce quell’unità è qualche cosa di diverso da queste ultime, e, almeno fino ad un certo punto, di indipendente.*” Cf. ROMANO, 1945a, p. 12.

Esta consequência não fez retroceder Jellinek, que declarou que ‘o nascimento, a vida e a morte dos Estados interessam tão somente à história’ o que implica que tudo o que não decorre da manifestação de vontade da pessoa moral ‘Estado’ não é direito.³¹⁹

Entretanto, não se limita Hauriou a criticar tão somente o subjetivismo como elemento ficto que atribui à pessoa moral um poder volitivo³²⁰, mas, também, em oposição a essa teoria, direciona críticas ao

³¹⁹ HAURIUO, *op. cit.*, p. 92. Do original: “*Cette conséquence ne fit pas reculer Jellinek qui déclara : « la naissance, la vie et la mort des États ne relèvent que de l'histoire », c'est-à-dire tout ce qui n'est pas manifestation de volonté de la personne morale État ne relève pas du Droit.*”

³²⁰ Neste ponto específico, apesar de confusa em parte, e, mais, pela conclusão a que leva o raciocínio exposto por Hauriou, não obstante assuma a premissa da personalidade do Estado, fundamenta ou pretende fundamentar a personalidade não na individualidade própria do Estado, mas a projeta no elemento que, a posteriori, será teorizado como ideia fundante da instituição em si. Senão, *vide Id.*, 1906, p. XI-XII: “*Toute théorie de droit public qui se respecte doit avoir une doctrine touchant la personnalité de l'État. [...] Je vais essayer d'indiquer brièvement l'attitude que prend dans cette question capitale la théorie de l'institution. Elle semblera déconcertante à ceux qui aiment les idées tranchantes et absolues dans un sens ou dans l'autre, car elle comporte à la fois des affirmations et des négations ; par contre, j'espère qu'aux gens sans parti pris elle paraîtra conforme à la nature des choses. La théorie de l'institution admet la personnalité subjective de l'État et même elle l'admet comme une réalité sociale, non pas comme une fiction, seulement, elle limite la portée de cette personnalité subjective par une autre notion qui est celle de l'individualité de l'État. Cette individualité objective n'est autre que l'État envisagé comme institution, avec ses ressorts de droit disciplinaire et de phénomènes statutaires. Chacune des deux notions a son domaine. L'État n'est qu'une institution si l'on pose la question des rapports des organes entre eux ou des sujets avec les organes, le point de vue objectif de l'institution et du statut est alors le seul qui convienne. [...] Le dualisme de l'individualité objective et de la personnalité subjective, qui est d'évidence pratique en ce qui concerne l'être humain, n'est pas moins réel en ce qui concerne l'État et les diverses corporations sociales. Il n'y a pas de passage logique qui permette de conclure de l'individualité de l'homme à sa personnalité subjective, il n'y a pas non plus de passage logique qui permette de conclure de l'individualité objective d'une institution à sa personnalité. La personnalité subjective repose sur un élément nouveau qui n'est pas nécessairement donné par l'individualité, ni par conséquent par l'organisation institutionnelle. Cet élément nouveau est la délibération raisonnable. En fait, la personnalité apparaît dans*

objetivismo – direito objetivo – de Duguit e de Durkheim³²¹. Afinal, consoante assevera, referida teoria, enquanto via alternativa, incorreria também em erro inafastável que é, consoante ulterior desenvolvimento esboçado pelo autor, a resolução teórica da fundação do institucionalismo.

Ou seja, critica o autor a fundamentação personalista tedesca que atribui à pessoa moral Estado, tal qual à pessoa física individual, um agir volitivo – no caso potestativo e que cria, portanto, mandamentos. Ao mesmo tempo refuta, por incompletude, a fundamentação objetiva do direito tão somente como ente espontâneo que criaria, por si só, a instituição regulamentadora, pois: “Admitir a criação da instituição social como resultante da regra de direito seria como admitir a sua criação como decorrente do ambiente social [tão somente], que se pressupõe criador da regra de direito em si”³²².

les institutions avec l'organisation délibérante, comme elle apparaît dans la série animale avec la raison”.

³²¹ A crítica ao objetivismo reflete-se, de forma clara, na questão da internalização e na persecução da ideia de obra a ser realizada, consoante explicitar-se-á adiante. Entretanto, esclareça-se: “*Analyser le phénomène en l'apparition d'une conscience collective, ainsi que le fait l'école de Durkheim, c'est rabaisser cette réalité, car la conscience collective serait liée à la formation d'une opinion moyenne dans le milieu social, c'est-à-dire dans la masse des esprits. Au contraire, la réfraction d'une même idée directrice dans une pluralité de consciences individuelles réserve le rôle dirigeant des consciences les plus hautes dans les conséquences à tirer pour l'action. Entre les deux analyses, il y a différence qui sépare l'explication des progrès de la civilisation par l'action des élites et l'explication par la seule évolution du milieu. La communion en l'idée, c'est Ariel, la conscience collective, c'est Caliban.*” Cf. *Id.*, 1933, p. 106.

³²² *Ibid.*, p. 93-94. Acerca do problema fundacional existente (inclusive) na teoria objetivista – consuetudinária – assevera Hauriou que: “*Le système est, d'ailleurs, inacceptable parce qu'il dépasse le but. Il ne se borne pas à faire de la règle de droit un élément de continuité pour les institutions sociales, il prétend en faire l'élément formateur ; or, s'il est vrai que les règles de droit sont, pour les institutions, un élément de conservation et de durée, on ne saurait en conclure qu'elles soient l'agent de leur création. C'est là tout le problème : il s'agit de savoir où se trouve, dans la société, le pouvoir créateur ; si ce sont les règles du droit qui créent les institutions ou si ce ne sont pas plutôt les institutions qui engendrent les règles du droit, grâce au pouvoir de gouvernement qu'elles contiennent. C'est sur cette question de l'initiative et de la création que le système de la règle de droit objective vient échouer ; admettre la création des institutions sociales par la règle de droit serait admettre leur création par le milieu social, qui est censé créer la règle de droit elle-même. C'est là une contre-vérité par trop*

O institucionalismo surgiria, (consciente) das falhas antagônicas das duas teorias então criticadas, como via alternativa, meio-termo possível de justificação e fundamentação da própria instituição, de suas finalidades e, conseqüentemente, da possibilidade do direito enquanto elemento que lhe é inerentemente conformado. Eis, assim, a fundamentação da instituição e, por vias reflexas, do ente Estado consoante essa possibilidade. Isto é, a força inerte constante do meio social, após empreendida – o que requer ação positiva dos indivíduos – origina a instituição cuja finalidade fundacional é, também, enquanto força motriz surgida do próprio meio, o elemento que impulsiona os próprios indivíduos dela integrantes. Logo, dessa realidade existente, mas direcionada, se lhes criaria, de forma reflexa, o inconsciente/consciente da execução do fim; imperiosa condição que caracteriza, como ver-se-á, toda e qualquer instituição.

A ideia diretiva da obra [leia-se a obra a realizar no grupo social], que ultrapassa a noção de escopo e função, se poderia identifica-la com a ideia de objeto. A ideia de empresa; empreendimento é também o objeto da empresa/empreendimento na exata medida em que a empresa/empreendimento tem por objeto a realização da ideia. Tanto verdadeiro que é mediante e através da ideia que a empresa se objetiva e adquire uma sua individualidade social. De fato, é a ideia da empresa/empreendimento que, propagando-se na memória de um número indeterminado de indivíduos, viverá no seu subconsciente: desta forma vivem como realidade objetiva o Banco da França, a cidade de Paris, e também o próprio Estado.³²³

évidente ; le milieu social n'a qu'une force d'inertie qui se traduit par un pouvoir de renforcement des initiatives individuelles quand il les adopte ou, au contraire, d'inhibition et de réaction quand il les réproouve, mais il n'a par lui-même aucune initiative ni aucun pouvoir de création ; il est impossible qu'il sorte de lui une règle de droit créatrice qui, par hypothèse, serait antérieure à ce qu'il s'agirait de créer”.

³²³ *Ibid.*, p. 100. Do original: “L’idée directrice de l’œuvre, qui dépasse ainsi les notions de but et de fonction, serait plus justement identifiée avec la notion d’objet. L’idée de l’entreprise est l’objet de l’entreprise, car l’entreprise a pour objet de réaliser l’idée. Elle est si bien l’objet de l’entreprise que c’est par elle et en elle que l’entreprise va s’objectiver et acquérir une individualité sociale. C’est

É, portanto, basicamente a partir da *idée de l'œuvre à réaliser* que o corpo social se personifica e, uma vez personificado, organizado, empreende a finalidade fundadora daquela instituição específica.

Assim, antes de apresentar o conceito de instituição, imperioso compreender que a força diretriz do pensamento de Hauriou – neste contexto – é a determinada *l'idée de l'œuvre à réaliser dans un groupe social*, que existe enquanto elemento obrigatório – pois fundador também – de toda e qualquer instituição³²⁴. E é, sobretudo, a ideia que distinguirá as instituições entre si, por mais que todas, nesse sentido, igualadas sejam pelo elemento fundacional/finalístico.

Acerca, por fim, do finalismo programacional da instituição, Hauriou distingue, quando da exposição de *l'idée de l'œuvre à réaliser dans un groupe social* elementos dois outros que seriam o escopo e a função – também presentes de forma obrigatória em toda instituição.

A primeira (ideia da obra) seria um elemento interno à instituição, o que internaliza no meio social e na instituição própria. Por ser de primeira ordem, enquanto elemento principal, estaria para além do escopo e da função, ou seja, se lhes compreende; seria, assim, a ideia da obra um plano de ação e organização que se objetiva e atribui corpo à cada instituição. Consequentemente, refletiria o elemento fundador e a finalidade: o ‘ideal’ no sentido concreto que determinada instituição pretende e, por vias reflexas, o escopo e os meios através dos quais referido ideal/finalidade será realizado pela instituição.

O escopo seria externo à instituição e, de modo a não incluir ali os meios necessários para tanto, implica, por assim dizer, resultado pretendido. A função, por sua vez, seria uma espécie de parte menor que delimitaria tão somente o que já fora realizado ou, ao menos, já determinado no interno da corporação – enquanto, concomitante, a ideia da obra/ideia diretiva, subsistiria em parte ainda indeterminada e virtual.³²⁵

l'idée de l'entreprise, en effet, qui, en se propageant dans les mémoires d'un nombre indéterminé d'individus, va vivre dans leur subconscient d'une vie objective, la Banque de France, la Ville de Paris, l'État lui-même".

³²⁴ *Ibid*, p. 98. Do original “*L'élément le plus important de toute institution corporative est celui de l'œuvre à réaliser dans un groupement social, ou au profit de ce groupement. Tout corps constitué est pour la réalisation d'un œuvre ou d'une entreprise*”.

³²⁵ Acerca da distinção e clareamento da “*l'idée de l'œuvre à réaliser dans un groupe social*”, conquanto tratá-la de forma esparsa e reiterada, dada a importância nevrálgica para a teoria da instituição, os elementos que, para além de caracterizá-la, permitem a elucidação dos conceitos derivados ora abordados;

Compreendidas as premissas teóricas que conformam e fundamentam a teorização do institucionalismo de Hauriou, pode-se, de forma clara, tal qual exposto pelo autor, explicitar o conceito bosquejado quando da definição de instituição:

Eis as grandes linhas desta nova teoria: uma instituição é uma ideia de obra ou de empresa/empreendimento, que se realiza e dura juridicamente em um ambiente social; para a consecução de tal ideia, organiza-se um poder que lhe fornece os órgãos necessários; de outra parte, entre os membros do grupo social cujo interesse na realização da referida ideia é existente, atuam/brotam manifestações comunitárias que são

permite, consequentemente, compreendida a instituição, a ulterior compreensão da diferenciação da instituição Estado – o que se pretende demonstrar ulteriormente, no presente trabalho. Portanto, reitera-se que: “*L'élément le plus important de toute institution corporative est celui de l'idée de l'œuvre à réaliser dans un groupement social, ou au profit de ce groupement.*”, entretanto, consoante ressalva aposta: “*Il ne faut pas confondre l'idée de l'œuvre à réaliser qui mérite le nom « d'idée directrice de l'entreprise » avec la notion du but, ni avec celle de la fonction. L'idée de l'État, par exemple, est bien autre chose que le but de l'État ou la fonction de l'État. Une première différence entre le but d'une entreprise et l'idée directrice de celle-ci, c'est que le but peut être considéré comme extérieur à l'entreprise, tandis que l'idée directrice est intérieure à celle-ci. Une seconde différence, liée à la première, est que, dans l'idée directrice, il y a un élément de plan d'action et d'organisation en vue de l'action qui dépasse singulièrement la notion du but. [...] la différence entre le programme d'action et le résultat traduit bien celle qui existe entre l'idée directrice et le but. Il ne serait même pas exact d'assimiler l'idée directrice avec l'idée du « but à atteindre », car la première exprime à la fois le but et les moyens à employer pour l'atteindre, tandis que la seule idée du but ne vise pas les moyens. Il ne faut pas non plus confondre l'idée de l'œuvre à réaliser par une institution avec la fonction de cette institution. L'idée de l'État dépasse singulièrement la notion des fonctions de l'État. La fonction n'est que la part déjà réalisée ou, du moins, déjà déterminée de l'entreprise ; il subsiste dans l'idée directrice de celle-ci une part d'indéterminé et de virtuel qui porte au delà de la fonction.*” ; e, por fim, sintetiza que: “*L'idée directrice de l'œuvre, qui dépasse ainsi les notions de but et de fonction, serait plus justement identifiée avec la notion d'objet. L'idée de l'entreprise est l'objet de l'entreprise, car l'entreprise a pour objet de réaliser l'idée. Elle est si bien l'objet de l'entreprise que c'est par elle et en elle que l'entreprise va s'objectiver et acquérir une individualité sociale.*” Cf. *Ibid*, p. 98-100.

conduzidas/geridas pelos órgãos [potestativos] e regulamentadas por procedimentos. *Há dois tipos de instituições, as que se personificam e as que não se personificam. Dentre as primeiras, que formam a categoria das instituições-pessoa ou corpos constituídos* (Estado, associações, sindicatos, etc.), o poder organizado e as manifestações comunitárias entre os membros do grupo internalizam-se/interiorizam-se no quadro da ideia da obra: após ter sido objeto da instituição corporativa, a ideia torna-se o sujeito da pessoa moral que atua no próprio corpo constituído. *Nas instituições da segunda categoria, que podem ser denominadas de instituições-coisa*, o poder organizado e as manifestações comunitárias dos membros do grupo não são internalizadas/interiorizadas no quadro da ideia da obra, embora existam no ambiente social, mas *restam alheias à ideia da obra. A regra jurídica estabelecida socialmente é uma instituição deste segundo tipo: é uma instituição porque como ideia propaga-se e vive no ambiente social, embora não gere uma corporação que lhe seja própria/particular. Essa [a regra jurídica] vive no corpo social, por exemplo no Estado, tomando por empréstimo deste o poder sancionador e aproveitando/utilizando-se das manifestações comunitárias que no interno deste [Estado] são produzidas; a regra jurídica não pode, portanto, originar uma corporação porque ela não é um princípio de ação, de obra [fundação], mas pelo contrário, trata-se de um princípio de limitação.*³²⁶

³²⁶ *Ibid.*, p. 96-97, grifo nosso. Do original: “*Les grandes lignes de cette nouvelle théorie sont les suivantes : une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures. Il y a deux types d'institutions, celles qui se personnifient et celles qui ne se personnifient pas. Dans les premières, qui forment la catégorie des institutions-personnes ou des corps constitués (États, associations, syndicats, etc.), le pouvoir organisé et les manifestations de communion des membres du groupe s'interiorisent dans le cadre de l'idée de l'œuvre : après avoir été l'objet de l'institution corporative, l'idée devient le sujet de la personne morale qui se*

Destarte, pode-se pormenorizar o que, segundo o autor, são os elementos comuns presentes em todas as instituições-personificadas/corporações para, então compreendidos, analisá-los no âmbito específico do Estado; portanto:

Os elementos de todas as instituições corporativas são, sabemos, ao número de três: 1º a ideia da obra a ser realizada no meio de um grupo social; 2º o povo organizado à serviço da perseguição desta ideia a ser realizada; 3º a ideia de comunhão que se produz num grupo social em correlação com a ideia a ser realizada.³²⁷

A adesão à realização da finalidade fundante é verificada sobretudo com a internalização do elemento subjetivo, que decorre da objetivação da ideia da obra, e, nessa perspectiva, espontaneamente. É dizer, na medida em que determinado povo organiza-se³²⁸ para fundar uma

dégage dans le corps constitué. Dans les institutions de la seconde catégorie, qu'on peut appeler des institutions-choses, l'élément du pouvoir organisé et des manifestations de communion des membres du groupe ne sont pas intériorisés dans le cadre de l'idée de l'œuvre, ils existent cependant dans le milieu social, mais restent extérieurs à l'idée ; la règle de droit établie socialement est une institution de ce second type ; elle est une institution parce qu'en tant qu'idée elle se propage et vit dans le milieu social, mais, visiblement, elle n'engendre pas une corporation qui lui soit propre ; elle vit dans le corps social, par exemple dans l'État, en empruntant à celui-ci son pouvoir de sanction et ne profitant des manifestations de communion qui se produisent en lui. Elle ne peut pas engendrer de corporation parce qu'elle n'est pas un principe d'action ou d'entreprise, mais, au contraire, un principe de limitation".

³²⁷ *Ibid.*, p. 97-98. Do original: “Les éléments de toute institution corporative sont, nous le savons, au nombre de trois : 1º l'idée de l'œuvre à réaliser dans un groupe social ; 2º le pouvoir organisé mis au service de cette idée pour sa réalisation ; 3º les manifestations de communion qui se produisent dans le groupe social au sujet de l'idée et de sa réalisation”.

³²⁸ Entenda-se, neste contexto, povo organizado enquanto grupo de interesse que, ao assumir o empreendimento, corre também com ele os riscos que lhe são/seriam inerentes, pois: “Ces aperçus sur l'objectivité originaire et foncière des idées, sur lesquels nous n'insistons pas, ne doivent pas nous faire oublier l'étude du groupe humain qui, dans une institution corporative, est intéressé à la réussite de l'idée directrice de l'entreprise. Il n'y a pas d'institution corporative sans un groupe d'intéressé, dans l'État le groupe des sujets et des citoyens, dans le syndicat le groupe des syndiqués, dans la société anonyme le groupe des actionnaires. Ce groupement peut être déterminé en partie par la contrainte d'un pouvoir, mais

determinada instituição – com os órgãos necessários para o escopo da ideia obra –, ‘institui’, assim, por vias reflexas, um poder de governo ‘organizado’ que é, no limite, o responsável também pela (re)internalização do inconsciente³²⁹ no seio da instituição para a persecução do referido fim.

Ou seja, após a objetivação da ideia da obra visualiza-se uma dupla função: a persecução do fim fundante e a subjetivação no inconsciente ‘individual-coletivo da ideia da obra bem como da ação para tal. Isso requer, por necessário, a unidade de direcionamento (a mesma unidade – teoricamente – necessária como força motriz direcional) que se verifica, nos exatos termos de Hauriou, no *chef*³³⁰.

É o *chef*, portanto, que atua como elemento dirigente do povo reunido sobre determinada instituição para a persecução do fim fundante. O povo, nesse intuito, por compartilhar da ideia fundante, aderiria, enquanto participante e integrante, à totalidade das intempéries da instituição na medida em que percalço natural necessário. Ou seja, as consequências necessárias para a realização do empreendimento. No

l'ascendant de l'idée de l'œuvre et l'intérêt que les membres ont à sa réalisation jouent un grand rôle en ce qu'ils expliquent ce que les adhésions ont de volontaire. Il s'agit ici d'adhérents qui courent un risque personnel dans la réalisation ou la non réalisation de l'entreprise. Ce groupe des intéressés est, avec les organes du gouvernement, le porteur de l'idée de l'entreprise. En ce sens, on doit reconnaître que le groupe des membres de l'État est, en même temps, celui des sujets de l'idée de l'État et cette observation donne au mot « sujet » une grande profondeur de signification ; cela veut dire que chaque ressortissant porte en lui l'idée de l'État et qu'il est le sujet de cette idée, parce qu'il a les risques et la responsabilité de sa réussite.” Cf. Ibid., p. 101-102.

³²⁹ Ibid., p. 105-106. Nesse sentido: “*Ces mouvements de communion ne s'analysent pas du tout en des manifestations d'une conscience collective ; ce sont les consciences individuelles qui s'émeuvent au contact d'une idée commune et qui, par un phénomène d'interpsychologie, ont le sentiment de leur émotion commune. Le centre de ce mouvement c'est l'idée qui se réfracte en des concepts similaires en des milliers de consciences et y provoque des tendances à l'action. L'idée passe momentanément à l'état subjectif en des milliers de consciences individuelles qui s'unissent en elle ; les consciences individuelles invoquent son nom et elle descend au milieu d'elles, appropriée par elles à l'état subjectif. Voilà l'exacte réalité*”.

³³⁰ Ibid., p. 106. No original: “*La communion en l'idée entraîne l'entente des volontés sous la direction d'un chef ; elle ne comporte pas seulement l'assentiment intellectuel, mais la volonté d'agir et le commencement de geste qui, par un risque couru, engage tout l'être dans la cause commune ; en un mot, c'est une communion d'action*”.

suportar os riscos inerentes, seriam como “acionistas numa sociedade empresarial” os cidadãos para o Estado³³¹.

Vinculada à atuação primeira, surgiria assim a condição dos cidadãos albergados num determinado Estado enquanto situação reflexa da participação inicial. Afinal, ao assumir os riscos integrais do Estado, surgiria, assim, para um determinado grupo de interesse, o direito (reflexo) de controle e participação no próprio Estado, o que Hauriou define, neste primeiro momento, como a condição de cidadão³³².

Leva, este raciocínio, por vias reflexas, a algumas consequências – embora correlacionadas – teóricas *a priori* (não necessariamente esclarecidas). Uma primeira consequência pertine à efetiva participação (do grupo de interesse) na persecução da ideia fundante e, nessa mesma linha, acerca da medida de responsabilidade pelos riscos a serem suportados pelo povo (grupo de interesse, para manter-se a denominação). Além disso, se considerado que, consoante asseverado, é o *chef* quem, de forma efetiva – pois ideia diretriz vinculada à ideia da obra –, realiza no concreto a persecução da ideia fim, consequência outra teórica trataria da participação/responsabilização deste último, seja considerado por si só, seja considerado em relação ao grupo de interesse ao qual pertence.

Para a primeira questão, Hauriou afirma que para a imprescindível organização de toda e qualquer corporação, deve-se ter como base dois princípios: “o da separação dos poderes e o ‘regime representativo’”³³³.

A separação dos poderes, sem maiores dificuldades, implicaria a divisão maior dos órgãos que lhes estão vinculados (a ideia seria a das competências dos órgãos específicos que atuam em conformidade com o corpo todo), é dizer, com a instituição – sempre com vistas à execução da ideia da obra a realizar.

O regime representativo implicaria, por sua vez, a resolução prática da unidade do corpo na medida em que não se verifica a soma das vontades individuais, mas a conformação das individualidades que são expressas no corpo como vontade deste. É dizer, a unidade do todo

³³¹ *Ibid.*, p. 102. Senão veja-se, nesse sentido : “*Le sujet d’un État est, en somme, comme un actionnaire de l’entreprise de l’État*”.

³³² *Id.*, loc. cit. Senão: “*Et c’est cette situation du sujet qui engendre à la longue sa qualité de citoyen, parce qu’étant exposé aux risques de l’entreprise, il est juste qu’il acquière, en retour, un droit de contrôle et de participation au gouvernement de celle-ci*”.

³³³ *Ibid.*, p. 103. No original: “*Les bases de l’organisation du pouvoir de gouvernement sont elles-mêmes toutes spirituelles, elles se ramènent à deux principes, celui de la séparation des pouvoirs et celui du régime représentatif*”.

fundante, consoante a ideia da obra a realizar (o que avoca a atuação positiva do *chef*).

Ou seja, o direito existe enquanto força latente, mas não tem o poder, por si só, de originar a instituição qualquer que seja, não obstante seja também (o direito) uma instituição-coisa. Por sua vez, empreendida a ideia do Estado, o direito, então latente, propaga-se e se utiliza, também, dos elementos deste último de modo que a instituição-pessoa e a instituição-coisa mantêm, de forma constante, um dualismo que se ‘retroalimenta’.

Nesse sentido, o direito não apareceria como elemento limitador no cerne da instituição (no caso, Estado) e nem tampouco teria a finalidade de fazer cumprir, para os que estão coligados no interno da instituição, a ideia da obra a ser realizada. O elemento limitador seria, pelo contrário, a própria ideia da obra a realizar de forma a, organizado o poder, agir também no psicológico individual do coletivo. Além disso, ainda, em relação ao *chef* (vontade diretriz), esta realizar-se-ia de maneira espontânea, em consonância também com a ideia da obra, pois:

A subordinação da vontade diretriz à ideia da obra a realizar pode se produzir espontaneamente tanto na consciência ativa de um Príncipe absoluto como na consciência singela de um ministro sujeito a eleições populares. [...] O poder de governo de uma instituição não observa mais atitudes dóceis e de conformismo esboçadas outrora; a história dos Estados, e mesmo de quaisquer instituições privadas, ensina que frequentemente os poderes dirigentes se desviam da preocupação com o bem comum para obedecer a interesses egoísticos. Porém, analisada de forma holística, essa história prova dois pontos: que o poder de governo não se trata de mera função a ser desempenhada, mas é [se trata de] uma força de ação espontânea porque frequentemente esta força de ação se insurge contra a própria função; de fato, essa história revela o poder ascendente [de autoridade] da ideia da obra a realizar, porque lenta, mas segura e progressivamente, também no Estado, as paixões ardentes dos governantes acabam por se lhe sujeitarem [servi-la]; sem dúvida os mecanismos constitucionais têm contribuído para essa ‘sujeição’ [limitação], mas por si só mostrar-se-iam insuficientes, para nada serviriam ou sequer

teriam sido ‘criados’ não fosse a existência, que os sustenta, de um espírito público impregnado da ideia de Estado. A submissão voluntária às ideias diretivas não seriam melhor ilustradas senão na realidade dos chefes militares; estes são, de forma indiscutível, subordinados/submissos ao poder civil nos Estados modernos. Essa subordinação das forças armadas, senão contrária à natureza das coisas, jamais poderia ter sido alcançada/obtida por meros mecanismos constitucionais; pelo contrário, essa subordinação resulta de uma mentalidade decorrente da ascendência/elevação de uma ideia primeira: a de um regime civil atrelada à ideia de paz, consideradas como componentes de uma situação normal/estado normal. Já em 1896, em um capítulo da nossa *Science Sociale Traditionnelle*, sinalamos essa ascendência/elevação tomada pela ideia diretriz do poder, avocamos ali o fenômeno da instituição, e tornamos a insistir no poder [na característica], que essa noção representa, de ‘bonificação’ moral das organizações fundadas sobre este poder.³³⁴

³³⁴ *Ibid.*, p. 104-105. Do original: “*La subordination de la volonté dirigeante à l’idée de l’œuvre à réaliser peut se produire spontanément dans la conscience hautaine d’un prince absolu, comme dans la conscience assouplie d’un ministre soumis à l’élection populaire ; l’élection n’est pas de l’essence du régime représentatif, mais elle est un élément naturel de sa technique, parce qu’elle paraît une garantie de la communauté de vue entre les gouvernants et les membres du corps. Le pouvoir de gouvernement d’une institution n’observe pas toujours l’attitude de docilité et de conformisme que nous venons d’esquisser ; l’histoire des États et même de quelques institutions privées enseigne que trop souvent les pouvoirs dirigeants se détournent de la préoccupation du bien commun pour obéir à des mobiles égoïstes ; mais, à l’envisager de haut, cette histoire prouve deux choses : d’abord, que le pouvoir de gouvernement est une force d’action spontanée et non pas seulement l’appel d’une fonction à remplir, puisque trop souvent cette force d’action s’insurge contre sa fonction ; ensuite, cette histoire révèle la puissance d’ascendant de l’idée de l’œuvre à réaliser, puisque lentement, mais sûrement et progressivement, même dans l’État, les passions fougueuses des gouvernants ont fini par s’assujettir à son service ; sans doute, les mécanismes constitutionnels y ont aidé, mais ces mécanismes eux-mêmes, ou bien n’auraient pas été créés, ou bien n’auraient servi de rien, s’ils n’avaient pas été soutenus par un esprit public pénétré de l’idée de l’État. La soumission volontaire à certaines idées directrices de la part des gouvernants ne saurait être mieux illustrée que par l’exemple de la soumission des chefs*”

Nessa perspectiva, diante de tudo quanto fora exposto, analisada a compreensão da instituição-Estado no pensamento de Hauriou, podem-se sintetizar de forma clara os elementos que se lhe apresentam imprescindíveis. Mister, para tanto, antes dos elementos comuns, a compreensão da *idée de l'œuvre à réaliser dans un groupe social* que seria (para o Estado): “proteção da sociedade civil nacional, por um poder público delimitado territorialmente, mas separado da propriedade de terras, deixando, assim, uma grande margem de liberdade para os indivíduos”³³⁵.

Assim, o poder de governo ‘organizado’ surgiria como corolário da premissa anterior e, portanto, ‘concatenaria’ elementos outros estruturados que, por refletirem os órgãos a ele vinculados, tão somente elementos potestativos, implicariam a “espiritualização do elemento humano” na organização de forma a se justificar³³⁶.

militaires au pouvoir civil dans les États modernes. Cette subordination de la force armée, si contraire à la nature des choses, n'aurait jamais pu être obtenue par de simples mécanismes constitutionnels. Elle est le résultat d'une mentalité créée par l'ascendant d'une idée, celle du régime civil liée à celle de la paix, considérée comme constituant l'état normal. Déjà en 1896, dans un chapitre de notre Science Sociale Traditionnelle, nous signalions cet ascendant pris par l'idée directrice sur le pouvoir, nous l'appelions le phénomène de l'institution et nous insistions sur le caractère de bonification morale des organisations fondées sur le pouvoir, que cette notion présente”.

³³⁵ *Ibid.*, p. 98. Do original: “[...] un État est un corps constitué pour la réalisation d'un certain nombre d'idées, dont les plus accessibles sont ramassées dans la formule suivante : « protectorat d'une société civile nationale, par une puissance publique à ressort territorial, mais séparée de la propriété des terres, et laissant ainsi une grande marge de liberté pour les sujets ». Apenas para fins esclarecedores, traslade-se a distinção acerca da ideia da obra a ser realizada e escopo/função, aplicada consoante definição anteriormente exposta: “*La séparation des deux domaines* [ideia da obra a ser realizada e a função da instituição] *est frappante dans l'État ; il y a le domaine de la fonction qui est celui de l'administration et du train déterminé des services, il y a aussi le domaine de l'idée directrice qui est celui du gouvernement politique, lequel travaille dans l'indéterminé. Et c'est un fait que le gouvernement politique passionne les citoyens bien plus que la marche de l'administration, de telle sorte que ce qu'il y a d'indéterminé dans l'idée directrice a plus d'action sur les esprits que ce qui est déterminé sous forme de fonction.*” Cf. *Ibid.*, p. 99.

³³⁶ *Ibid.*, p. 102-103. No original: “*C'est ce qu'on appelle couramment l'organisation de l'institution, mais il est essentiel d'interpréter l'organisation e un pouvoir organisé, parce que le pouvoir étant lui-même une forme de la volonté, les organes n'étant plus envisagés que comme des pouvoirs de volonté,*

O Estado é incorporado quando associado [atinge a] à fase do governo representativo, na qual se cumpriu um primeiro trabalho de interiorização no sentido de que cada órgão do governo, com seus respectivos poderes volitivos, agem para o bem comum no quadro/limite/conformidade da ideia diretiva do Estado. Nesta fase, o Estado possui uma individualidade objetiva, torna-se, para o direito internacional, uma Potência tanto melhor caracterizada quanto maior for a unidade da nação com o governo; não que seja, com isto, em comunhão ativa, todavia permite-se sê-lo passivamente guiado. Um governo representativo desta espécie pode, inclusive, não comportar/permitir qualquer liberdade política, é dizer, nenhuma participação dos cidadãos – mediante eleição ou de qualquer outro modo –: pode ser aristocrático e, todavia, representativo, porque atua segundo a ideia diretiva do Estado. O Estado é personificado quando associado ao estado da liberdade política com a participação dos cidadãos no governo: neste sentido, um segundo trabalho de interiorização resulta completo na medida em que, considerada a ideia diretiva, produzem-se as manifestações comunitárias dos membros do grupo, as quais se unem com as decisões dos órgãos do governo representativo (eleições, deliberações de assembleias, referendums, etc.). A personificação se produz porque as manifestações comunitárias [de comunhão] dos membros do grupo são as crises subjetivas nas quais a mesma ideia diretiva do Estado passa [é conduzida/direcionada] ao estado

cela spiritualise l'élément humain de l'organisation.” ; prossegue afirmando que: “La justification de cette méthode comparative repose sur le postulat que la société est œuvre psychologique, que dans cette œuvre psychologique il y a action et réaction réciproques de l'esprit humain et de certaines idées objectives, bases des institutions ; que la personnalité corporative est une création sociale faite, dans une large mesure, à l'image de la personnalité humaine, mais que, comme elle s'est faite d'une façon subconsciente, elle peut révéler des ressorts de la personnalité humaine que l'introspection consciente ne révèle pas ; que, d'ailleurs, dans la personnalité corporative, les détails d'organisation étant fortement agrandis et comme projetés sur un écran, l'observation en est rendue plus aisée.” Vide Ibid., p. 107.

subjetivo nas consciências respectivas (cf. meu trabalho *Liberté politique et personnalité morale de l'État. Précis de droit constitutionnel*, 2^o appendice, 1923). Impende notar que a fase da personificação não destrói [ou afasta] os resultados efetivos da incorporação; a personalidade moral se sobrepõem à individualidade objetiva do corpo, mas esta não desaparece.³³⁷

Nesta perspectiva, a função (inicial) do Estado é que conformaria a administração e os serviços – que atuariam em conformidade com o corpo, na mesma linha finalística. Enquanto que a ideia diretiva seria, assim, o governo político ao qual o *chef* aderiria na condição de realização da ideia da obra (opera, nesse sentido, a atuação de uma parte indeterminada).

A divisão de poderes, portanto, na instituição Estado e, aqui, no Estado moderno, refletiria uma divisão de competências de forma que: (I)

³³⁷ *Ibid.*, p. 110-111. Do original “*L'État est incorporé lorsqu'il est parvenu au stade du gouvernement représentatif ; alors, un premier travail d'intériorisation est accompli en ce sens que les organes du gouvernement, avec leurs pouvoirs de volonté, agissent pour le bien commun dans le cadre de l'idée directrice de l'État. À ce stade, l'État possède une individualité objective, il devient pour le droit international une Puissance d'autant plus caractérisée que la nation fait corps avec son gouvernement ; non pas qu'elle manifeste de communion active avec lui, mais elle se laisse passivement conduire par lui. Un gouvernement représentatif de cette espèce peut ne comporter aucune liberté politique, c'est-à-dire aucune participation des citoyens au gouvernement par le monde électoral ou autrement, il peut être aristocratique, il sera représentatif, pourvu qu'il se tienne dans les directives de l'idée de l'État. L'État est personnifié lorsqu'il est parvenu au stade de la liberté politique avec participation des citoyens au gouvernement ; alors, un second travail d'intériorisation s'est accompli en ce sens que, dans le cadre de l'idée directrice, se produisent maintenant des manifestations de communion des membres du groupe qui se mêlent aux décisions des organes du gouvernement représentatif (élections, délibérations d'assemblées, référendums, etc.) La personification se produit parce que les manifestations de communion des membres du groupe sont des crises subjectives dans lesquelles l'idée directrice de l'État passe elle-même à l'état subjectif dans les consciences des sujets (cf. mon travail Liberté politique et personnalité morale de l'État. Précis de droit constitutionnel, 2^o appendice, 1923). Il convient de noter que le stade de la personification ne détruit pas les résultats de celui de l'incorporation ; la personnalité morale se surajoute à l'individualité objective du corps, mais celle-ci ne disparaît pas”.*

o poder executivo é competente pela execução; (II) o poder deliberante pela deliberação; e o (III) poder de sufrágio é competente pelo consenso.

Indubitavelmente estas competências são confiadas a órgãos humanos, mas a melhor prova da subordinação dos órgãos às competências consiste na pluralidade dos órgãos que devem atuar de forma pacífica entre si para exercer um só [mesmo] poder: para o exercício do poder executivo, o Presidente da República e os ministros; para o exercício do poder deliberante, as duas Câmaras; para o exercício do poder de sufrágio, os eleitores de uma determinada circunscrição.³³⁸

Disso, porém, compreenda-se que se trata de divisão de competências que deve observar particularmente a coerência do corpo como um todo; a pluralidade, neste caso, dos órgãos vinculados aos poderes (vinculados por sua vez à ideia da obra a realizar e direcionada pela ideia motriz, por sua vez) corroboraria a unidade volitiva³³⁹.

Muito embora não se pretenda, com a presente abordagem, exaurir por esgotamento completo os argumentos erigidos por Hauriou, *mister* esclarecer que o traçado geral, com as particulares que ora se comunicam com os demais pontos abordados no presente trabalho, foram amplamente expostos. A ideia, portanto, da instituição seguiria o traçado teórico ora exposto; especialmente direcionada, na presente abordagem, à instituição Estado.

Sem a pretensão de amenizar a obra certamente inovadora de Hauriou, *mister* esclarecer também que muitas das lacunas *prima facie*

³³⁸ *Ibid*, p. 103. Do original : “*Sans doute, ces compétences sont confiées à des organes humains, mais la meilleure preuve que les organes sont subordonnés aux compétences, c’est la pluralité des organes qui doivent se concerter entre eux pour exercer le même pouvoir ; pour l’exercice du pouvoir exécutif, le Président de la République et les ministres, pour l’exercice de pouvoir délibérant, les deux Chambres, pour celui du pouvoir de suffrage, les électeurs d’une circonscription*”.

³³⁹ *Id.*, loc. cit. No original : “*C’est à cette séparation des pouvoirs, qui entraîne une séparation plus grande encore des organes, que le pouvoir doit de n’être pas une simple force, d’être, au contraire, un pouvoir de droit susceptible de créer du droit ; les séparations assurent la suprématie des compétences sur le pouvoir de domination vers lequel, sans cette précaution, les organes seraient portés*”.

existentes se devem, não somente ao não exaurimento na presente abordagem, mas pela não conclusão teórica mesma do institucionalismo.

Ademais, consoante o próprio Hauriou assevera quando reconhecida a premissa por ele utilizada de que “a realidade e o desenvolvimento histórico dos Estados [...] seria um fenômeno espontâneo e natural; mas o problema da realidade das pessoas morais não seria o objeto de preocupação”³⁴⁰, resta também a avocada existência de pormenores não explorados pelo jurista.

Outrossim:

[...] Hauriou [...] não se preocupa em aprofundar o seu conceito de instituição, pois não restam claros os seus limites, isto é: a partir de e até quando um grupo social constitua/caracterize uma instituição e reste, por isso, caracterizado como o centro da juridicidade.³⁴¹

Apesar de não pormenorizar, assim, aquela que seria a via alternativa à juspublicística alemã, Hauriou certamente não apenas lança os elementos que conformam os juristas inclinados para o institucionalismo, mas permite também destas ‘lacunas’ a supressão maturada daqueles elementos que são apropriados, em parte, seja por Duguit seja por Romano.

³⁴⁰ *Ibid*, p. 112: “*La réalité du développement historique de l’Etat [dans son mouvement d’incorporation et de personification, avec les analogies que cette évolution révèle dans la structure des personnalités individuelles et des corporatives, suffiront sans doute à persuader que la personification des groupements] est un phénomène naturel et spontané ; mais le problème de la réalité des personnes morales n’est pas l’objet direct de nos préoccupations, [cet objet direct est l’explication de la durée et de la continuité réalisées dans les institutions par les phénomènes d’incorporation et de groupement]*”.

³⁴¹ FASSÒ, 2001, p. 210. Do original: “[*Nonostante i manifesti influssi di dottrina filosofiche, e l’aspirazione a dare un fondamento filosofico alla sua dottrina (visibile anche in un scritto del 1918, legato a situazioni politiche contingenti, sul diritto naturale), l’Hauriou [resta sul terreno della scienza giuridica, ed in particolare di quella del diritto pubblico;] e non si cura neppure troppo di approfondire il suo concetto di istituzione, che non è chiaro quali confini abbia: cioè da quando e fino a quando un gruppo sociale costituisca un’istituzione e sia perciò centro di giuridicità.*”

2.2.2 A crítica teórica de Duguit³⁴²

Não obstante reflita, de forma geral, o traçado teórico erigido pela escola de Bordeaux, há no pensamento de Leon Duguit toda uma idiossincrasia que projeta sobremaneira a importância de sua análise teórica.

Muito embora perceba-se uma latente proximidade com o pensamento de Santi Romano, sobretudo quando da desconstrução dos elementos do Estado, Duguit destoa de forma bastante antagônica, senão radical³⁴³, da conclusão a que chega Romano.

E esse movimento é acompanhado em proximidade com a juspublicística alemã na medida em que, sem negá-la, não obstante desconstrua os fundamentos³⁴⁴ por ela utilizados, lança, por assim dizer,

³⁴² Pierre Marie Nicolas León Duguit (1859-1928). Com formação na mesma Faculdade de Direito de Bordeaux que Hauriou, torna-se doutor em 1881 – dois anos após o colega. Recebe influências diretas de Durkheim, seu tutor; passa então a lecionar na Faculdade de Bordeaux, onde vem a tornar-se posteriormente decano.

³⁴³ Assimilada, neste particular, a nota exposta pelo tradutor Eduardo Salgueiro quando daquele que foi o primeiro exemplar traduzido para o português constante do acervo da biblioteca da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), ao afirmar que “Léon Duguit (1859-1929) é um dos mais reputados juristas franceses. Há quem o suponha, no domínio jurídico, o maior expoente da França; há quem veja nêlê um revolucionário do Direito; há quem o repute, simplesmente um jurista reacionário. Talvez Duguit não seja tudo isto, mas talvez seja um pouco de tudo o que pretendem ver nêlê os seus detractores e os seus panegiristas. In DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Eduardo Salgado. Lisboa: Inquérito, 1939, p. 7 *et seq.*

³⁴⁴ Conquanto refute Duguit, conforme esclarecer-se-á neste capítulo, a juspublicística alemã, notadamente naquilo que tange à teoria do Estado, soberania e, consequentemente, o fenômeno direito, registre-se menção crítica expressa acerca da conformação e influência da escola tedesca já nas páginas iniciais, quando do trato dos ‘*Fondement du droit*’ em seu DUGUIT, Léon. **Manuel de Droit Constitutionnel**: théorie générale de l’État. Libertés publiques. Organisation politique. Deuxième édition. Paris : Fontemoing & C^{ie}, éditeurs, 1911. Nesse sentido: “*Qu’il y ait un droit, cela nous paraît incontestable. Nous dirons même : il faut qu’il y ait un droit. Nous savons bien que sous l’influence de Hegel et de Ihering, tout une école, principalement en Allemagne, enseigne que le droit ne se conçoit que comme une création de l’État et n’a pu exister que du jour où un État constitué l’a formulé ou, tout au moins, la sanctionné. Il faut, à notre sens, énergiquement repousser une pareille conception. Ne pourrait-on pas établir le fondement du droit en dehors d’une*

a similitude senão do próprio pensamento de Jellinek. Consegue, assim, apesar do radicalismo com que erosiona os elementos teóricos ‘concorrentes’, em muito se lhes aproximar.

Distante da pretensão de exaurir – mesmo por impossibilidade – a teoria de Duguit em si, buscar-se-á, de forma sintetizada, expor o pensamento geral do autor acerca da compreensão do Estado e, por conseguinte, do direito em relação àquele. Passo necessário para, então, explicitar a crítica teórica, sobretudo a crítica direcionada à conceituação do termo soberania – o que, por vias reflexas, implica também a crítica da teorização do Estado moderno e, consequentemente, do direito.

A análise de Duguit fundamenta-se essencialmente a partir da constatação do real, no sentido de rejeitar, por completo, ainda que pretensamente, os institutos metafísicos que permearam/permeiam a fundamentação do Estado e das relações daí decorrentes.

Pode-se afirmar, nesta perspectiva, de forma distinta de Hauriou, ser a sua preocupação não tanto a teorização dos institutos, mas, ato contrário, a constatação crítica daquilo que se lhe apresenta enquanto (pretensamente) fundamentado.

Como não poderia deixar de ser, posta a formação do pensador, há o refutar da concepção do direito enquanto elemento único do Estado e/ou como elemento decorrente deste – no sentido da já analisada crítica ao positivismo estatalista. Disso, porém, surge uma já inicial distinção compreensiva relacionada à teoria de Hauriou, notadamente em relação ao fenômeno ‘direito’.

Para Hauriou trata-se o direito de instituição-coisa cuja força latente existe na sociedade. À esta força latente, porém, imprescindível se apresenta a personificação e objetivação da ideia da obra a ser realizada para se apresentar enquanto elemento de ordenação da realidade; voluntarismo.

Para Duguit, entretanto, há a compreensão de que a ordenação da realidade social mostra-se enquanto elemento espontâneo³⁴⁵, resultante da

création par l'État, il faudrait affirmer, come postulat, l'existence d'un droit antérieur et supérieur à l'État. La conscience moderne sent le besoin impérieux d'une règle de droit, s'imposant avec la même rigueur à l'État détenteur de la force et aux sujets de l'État. Il n'est pas impossible au reste de montrer qu'en dehors d'une création par l'État, le droit a un fondement solide, qu'il est antérieur et supérieur à l'État et que, comme tel, il s'impose à lui.” Cf. DUGUIT, 1911, p. 2.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 10 : “L'existence, la nature et l'étendue de la solidarité sociale étant établies, il est aisé de montrer comment elle est le vrai fondement du droit. L'homme vit en société et ne peut vivre qu'en société ; la société ne subsiste que

própria coesão social e que, portanto, prescinde/prescindiria da ação humana.

O elemento solidariedade social é, então, para Duguit, elemento de primeira importância na medida em que dessa premissa decorreria o direito objetivo e, por conseguinte, o direito subjetivo³⁴⁶. Para além disso, dessa premissa infere-se também a crítica completa do autor ao individualismo³⁴⁷ e, o que explicará, no limite, assimiladas as ideias, a

par la solidarité qui unit entre eux les individus qui la composent. Par conséquent, une règle de conduite s'impose à l'homme social par la force même des choses, règle qui peut se formuler ainsi : ne rien faire qui porte atteinte à la solidarité sociale sous l'une de ses deux formes et faire tout ce qui est de nature à réaliser et à développer la solidarité sociale mécanique et organique. [...] Cette règle de conduite, règle de droit, née de la solidarité sociale, se modèle sur cette solidarité et nous apparaît avec les mêmes caractères”.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 12. Senão: “Le droit objectif étant fondé sur la solidarité sociale, le droit subjectif en dérive directement et logiquement. En effet, tout individu étant par le droit objectif obligé de coopérer à la solidarité sociale, il en résulte nécessairement qu'il a le droit de faire tout acte par lequel il coopère à la solidarité sociale et d'empêcher que quiconque mette obstacle à l'accomplissement du rôle social qui lui incombe. L'homme vivant en société a des droits ; mais ces droits ne sont pas des prérogatives qui lui appartiennent en sa qualité d'homme ; ce sont des pouvoirs qui lui appartiennent parce que, étant homme social, il a un devoir à remplir et qu'il doit avoir le droit de remplir ce devoir. On voit qu'on est loin de la conception du droit individuel. Ce ne sont pas les droits naturels, individuels, imprescriptibles de l'homme, qui sont le fondement de la règle de droit s'imposant aux hommes vivant en société. C'est au contraire parce qu'il existe une règle de droit qui oblige chaque homme à remplir un certain rôle social, que chaque homme a des droits, lesquels ont ainsi pour principe et pour mesure la mission qu'il doit remplir”.

³⁴⁷ Desprovido da pretensão de prolongar-se, por desnecessário, acerca da crítica específica mencionada, na medida em que a própria crítica ao Estado, e principalmente à soberania, reforçará o elemento que ora se apresenta; porém, para afastar eventual lacuna também desnecessária; para um esclarecimento do mencionado, registre-se, por oportuno, que “La doctrine individualiste, à notre sens, ne saurait être admise, parce qu'elle repose sur une affirmation a priori et hypothétique. On affirme en effet que l'homme naturel, c'est-à-dire l'homme pris comme être isolé, séparé des autres hommes, est investi de certaines prérogatives, de certains droits, qui lui appartiennent parce qu'il est homme, « à cause de l'éminente dignité de la personne humaine », suivant l'expression de M. Henry Michel. Or cela est une affirmation purement gratuite. L'homme naturel, isolé, naissant libre et indépendant des autres hommes, et ayant des droits constitués par cette liberté, cette indépendance même, est une abstraction sans réalité. Dans le fait, l'homme naît membre d'une collectivité ; il a toujours vécu

compreensão ulterior do Estado – com seus elementos teóricos – segundo o jurista.

A igualdade absoluta de todos os homens, que é um corolário lógico do princípio individualista, é de todo contrária aos fatos. Os homens, longe de serem iguais, são, de fato, essencialmente diferentes uns dos outros e, tanto mais tornam-se civilizadas as sociedades, tanto mais acentuam-se essas diferenças.³⁴⁸

Os laços do comunitarismo são, destarte, já lançados quando da compreensão crítica da individualidade, na medida em que o indivíduo não pode ser concebido senão em sociedade³⁴⁹ e, para tanto, dela necessita também para o seu pleno e regular desenvolvimento.

Isso implica, também, por outro lado, de forma concomitante, o pleno e regular desenvolvimento do meio social com o qual se identifica o indivíduo, que, porém, reiterar-se, é compreendido em sua peculiaridade e conforme uma atuação específica – na medida em que os homens são

en société et ne peut vivre qu'en société, et le point de départ de toute doctrine sur le fondement du droit doit être sans doute l'homme naturel ; mais l'homme naturel n'est pas l'être isolé et libre des philosophes du XVIII^e siècle ; c'est l'individu pris dans les liens de la solidarité sociale.” Cf., Ibid., p. 5.

³⁴⁸ *Id., loc. cit.* Do original : “D’autre part, l’égalité absolue de tout les hommes, qui est un corollaire logique du principe individualiste, est contraire aux faits. Les hommes, loin d’être égaux, sont en fait essentiellement différents les uns des autres et ces différences s’accusent d’autant plus que les sociétés sont plus civilisées”.

³⁴⁹ *Ibid., p. 7-8.* Nesse sentido, esclareça-se: “Nous partons de ce fait incontestable que l’homme vit en société, qu’il a toujours vécu en société et qu’il ne peut vivre qu’en société avec ses semblables, que la société humaine est un fait primaire et naturel, et non point le produit d’un vouloir humain. Tout homme fait donc partie, a toujours fait et fera toujours partie d’un groupe humain. Mais en même temps l’homme a toujours eu une conscience plus ou moins claire de son individualité ; l’homme se saisit comme personne individuelle ayant des besoins, des tendances, des aspirations. Il comprend aussi que ces besoins il ne les peut satisfaire, que ces tendances, ces aspirations il ne les peut réaliser que par la vie commune avec d’autres hommes. L’homme en un mot a la conscience, plus ou moins nette suivant les époques, de sa sociabilité, c’est-à-dire de sa dépendance d’un groupe humain, et de son individualité. Ce n’est pas là une affirmation a priori, mais bien une constatation positive”.

naturalmente desiguais devem, portanto, colaborar de forma correspondente com a totalidade da ordem.

Como elemento de oposição ao acentuado individualismo das sociedades desenvolvidas, apresenta, pois, processo de ordem contrária cuja base é o comunitarismo coligado à plena realização do indivíduo como processo interno deste aperfeiçoamento.

É dizer, a denominada interdependência social³⁵⁰ que, consoante asseverado, asseguraria a coesão social de/em uma sociedade qualquer. Constatação essa decorrente da contingência, pois:

Esta solidariedade ou interdependência social engloba todos os membros da humanidade? Certamente sim. [...] A humanidade é dividida em um número considerável de grupos sociais. Estes grupos têm-se revelado em diversas formas contingentes, entre as quais são as principais ora apresentadas em ordem cronológica: a *horda*, onde os homens vivem juntos, sem moradia fixa, reunidos uns aos outros pelas necessidades de defesa e de subsistência comuns; a *família*, grupo mais integrado, pois, assimilado à necessidade de defesa e de subsistência comuns, aperfeiçoaram-se os laços de sangue e a comunhão de uma mesma religião; a *cidade*, agrupamento de famílias cuja origem, tradições e as crenças são comuns; por fim, a *nação*, forma por excelência das sociedades modernas civilizadas, cuja constituição decorre de uma infinidade de fatores, tais quais a comunidade jurídica, linguística, religiosa, comunhão das

³⁵⁰ Não obstante apresentar elementos de Durkheim, esclareça-se, em seus próprios termos, a compreensão acerca do elemento ‘agregador’: “*L’homme, dirons-nous, est uni aux autres hommes par les liens de la solidarité sociale. Pour éviter le mot solidarité, on peut dire l’interdépendance sociale.*”; pelo que passa então, após exposta a constatação histórica da sucessão social dos elementos de interdependência, a definir os termos: “*Les hommes d’un même groupe social sont solidaires les uns des autres : 1° parce qu’ils ont des besoins communs auxquels ils ne peuvent assurer satisfaction que par la vie commune ; 2° parce qu’ils ont des besoins différents et des aptitudes différentes, et qu’ils assurent la satisfaction de leurs besoins différents par l’échange de services réciproques, dus au développement et à l’emploi de leurs aptitudes différentes. La première espèce de solidarité est la solidarité par similitudes ; la seconde, la solidarité par division du travail.*”. Cf. *Ibid.*, p. 8-9.

tradições, das lutas, comunhão das derrotas e das vitórias.³⁵¹

A importância do conceito de nação³⁵² é de imprescindível relevância para a compreensão do fenômeno Estado, pois enquanto

³⁵¹ *Id., loc. cit.* Do original: “*Cette solidarité ou interdépendance sociale embrasse-t-elle tous les membres de l’humanité ? Assurément oui. [...] L’humanité est divisée en un nombre considérable de groupes sociaux. Ces groupes ont revêtu diverses formes contingentes, dont les principales sont dans l’ordre chronologique : la horde, où les hommes vivent ensemble, sans demeure fixe, réunis les uns aux autres par les besoins de la défense et de la subsistance communes ; la famille, groupe plus intégré, parce qu’à la solidarité née de la défense et de la subsistance communes s’ajoutent les liens du sang et la communauté de religion ; la cité, groupement de familles ayant une origine, des traditions et des croyances communes ; enfin la nation, forme par excellence des sociétés modernes civilisées, et dont la constitution est due à des facteurs très divers, communauté de droit, de langue, de religion, de traditions, de luttes, de défaites et de victoires*”.

³⁵² Há, acerca do conceito de nação, uma contradição inicial aparente, quando da teorização de Duguit, cuja importância, para além da compreensão crítica do termo é, de forma aproximada, objeto de crítica por Romano quando da análise compositiva dos Impérios feitas em seu *Oltre lo Stato*. Não que seja a discussão ‘nacional’ elemento estranho ao início do *Novecento*, mas na medida em que toca especialmente os juristas ora abordados, pertinente um prolongar-se. Sem deter-se aos termos utilizados, a exemplo de ‘civilizado’, impende assimilar a compreensão ‘evolutiva’ do termo nação e, mais, a relação do termo com a concepção do Estado e o direito internacional; para então, compreendida a sua teorização, apresentar os elementos expostos pelo mesmo Duguit que, em primeira análise, demonstrariam a fragilidade do conceito e, portanto, dos seus reflexos na totalidade da teoria. Ao reforçar a compreensão cronológica correlacionada com a questão da interdependência social, Duguit esclarece que tão somente no grau de desenvolvimento alcançado pelos grupos sociais “civilizados”, ora divididos por “nação”, é que se verificaria o fato social Estado e, não obstante seja tratado adiante este conceito específico, esclarecedora a compreensão do jurista acerca da delimitação do conceito primeiro, o que se refletirá em todos os demais. Notável importância ressalta, já neste momento, também a atuação do direito internacional – que ultrapassa o objeto do presente trabalho, porém, deve-se também analisá-lo breve e superficialmente – enquanto elemento de delimitação do próprio Estado em si e, ainda, sobre a superabilidade ou não do agrupamento social nação. Para tanto, esclarecedor: “*La nation est une réalité ; jamais nous n’avons eu la pensée de le contester. Cette réalité consiste dans le lien de solidarité, d’interdépendance qui unit entre eux, d’une manière particulièrement étroite, les hommes qui sont membres d’une même nation. Mais*

on ne saurait aller plus loin, sans sortir du domaine de l'observation positive et tomber dans l'hypothèse et l'affirmation métaphysiques. [...] La nation est donc tout simplement le milieu dans lequel se produit le phénomène qu'est l'État, c'est-à-dire la différenciation entre gouvernants et gouvernés. En ce sens seulement on peut dire qu'elle est un élément de l'État moderne. Les peuples civilisés modernes sont en général groupés par nation, et c'est dans ces groupements nationaux que s'accomplit la distinction toute de fait entre gouvernants et gouvernés. C'est pourquoi, en général, l'action des gouvernants s'étend à tous les membres de la nation : de la différenciation naturelle qui s'accomplit à l'intérieur de la nation résulte que tous les nationaux sont gouvernants ou gouvernés, et ainsi, le plus souvent, l'action des gouvernants est déterminée quant aux personnes auxquelles elle s'applique par la nationalité de celles-ci. La nation, pour nous servir de termes parfois employés, n'est ni un élément subjectif, ni un élément objectif de l'État ; c'est-à-dire qu'elle n'est ni le sujet ni l'objet de la puissance politique, mais seulement la limite, au point de vue des personnes, de l'exercice de cette puissance politique. C'est pourquoi dans les rapports internationaux les questions de nationalité occupent une place si importante ; elles sont résolues d'après les règles du droit international public.” Cf. DUGUIT, 1911, p. 54-55.

Em correlação com este elemento, portanto, prossegue de forma a amenizar o que ora esboça compreender com o conceito de nação e, em parte, o refutar a teoria do território enquanto elemento de primeira ordem do Estado, é dizer, consoante Duguit, o território não é o elemento de formação do Estado, mas considerado que os grupos sociais modernos fixam, assim, de forma ficta, o âmbito de incidência do poder decorrente do fato social, as nações encontram-se aí; consequentemente, a resolução de eventual controvérsia entre nações seria verificada na regra do direito internacional, pois: “*La différenciation entre les gouvernantes et les gouvernés a pour milieu de formation la nation. Elle a pour limite un certain territoire. [...] Le territoire n'est pas un élément indispensable à la formation de l'État. Nous voulons dire qu'on peut très bien concevoir qu'une différenciation politique se produise dans une société qui n'est pas fixée sur un territoire déterminé. Au sens général du mot, il y a aura là cependant un État. Mais les sociétés civilisées modernes sont fixées sur des territoires déterminés, et l'action des gouvernants s'étend à un territoire déterminé. Sous l'empire des besoins pratiques, le droit international public a formulé des règles sur la séparation des territoires sur lesquels s'étend l'action des divers gouvernements. Le territoire est ainsi la partie du globe sur laquelle tel gouvernement peut exercer sa puissance de contrainte, organiser et faire fonctionner les différents services publics. Aucun gouvernement étranger ne peut s'opposer au libre exercice de l'activité gouvernante sur ce territoire, et s'il le faisant, il violerait les règles du droit international ; c'est le principe de non intervention. Avec cette notion très simple du territoire, tous les faits relatifs aux rapports internationaux s'expliquent facilement. Nous repoussons par conséquent la théorie dite théorie du territoire élément subjectif de l'État, c'est-à-dire la théorie d'après laquelle le territoire serait un élément de la personnalité même de l'État. La personnalité*

de l'État n'existant pas, le territoire ne peut être un élément de cette personnalité.” Cf. *Ibid.*, p. 68-69. Ocorre, porém, uma aparente contradição quanto ao poder delimitativo da regras de direito internacional no âmbito do poder verificado nos grupos sociais ‘nação’ dentro do Estado, pois, muito embora os termos acima expostos, reconhece Duguit que a existência de elementos que fortaleceriam o sentimento de coesão social, que uniriam, por assim dizer, no inconsciente, os indivíduos e aumentariam, então, a interdependência social, seriam sobremaneira fortalecidos, senão fundados (também) no animus belicoso, ou melhor, exerceria este imperiosa influência no estreitamento dos laços sociais – o que, para efeitos de interdependência e para a nação em si considerada seria salutar –, pois: *“Mais quel est le facteur essentiel qui a produit et qui maintient le lien national ? On a mis en avant la communauté d'autorité politique, la communauté de race et de langue, la communauté de croyance religieuse. Ces différents facteurs ont certainement agi soit ensemble, soit séparément, mais aucun n'était assez puissant pour créer à lui seul la solidarité nationale. Les faits le démontrent surabondamment. Communauté d'autorité politique, de droit, de langue, de religion, limites naturelles, ce ne sont là que des éléments secondaires. L'élément essentiel de l'unité nationale, il faut le chercher dans la communauté de traditions, de besoins et d'aspirations. L'humanité, a-t-on dit, est faite de plus de morts que de vivants ; la nation est faite elle aussi de plus de morts que de vivants. Le souvenir des luttes entreprises, des triomphes remportés et surtout des défaites subies en commun a contribué puissamment à créer et à préciser la conscience de la solidarité nationale. Pour ne citer qu'un fait, la guerre de Cent Ans et les souvenirs ineffaçables qu'elle a laissés dans les consciences françaises ont été une des causes les plus actives de la formation du sentiment national. La communauté des traditions a joué dans tous les pays un rôle capital, et en ce sens on a dit, très justement, que la nation était une formation historique.”* Cf. *Ibid.*, p. 52-53. E, mais, indo além, reconhece também que determinada nação pode restar subjugada à uma outra, é dizer, um governante poderia agir de forma potestativa – exercer poder público – sobre um determinado grupo – exterior ao território – sem que, porém, passem por isso os ‘subjugados’ a integrarem ou compartilharem daquela primeira nação, senão, nos exatos termos em que expostos por Duguit: *“D'autre part, bien souvent, la puissance des gouvernants s'exerce sur beaucoup d'individus qui ne font pas véritablement partie de la nation considérée. Chacun sait notamment que tout gouvernement exerce une autorité qui peut varier suivant les pays, mais qui est partout reconnue ; sur tous les individus, même n'étant pas ses nationaux, qui se trouvent sur son territoire. De plus, beaucoup d'individus peuvent être et sont en fait sujets d'un pays sans être nationaux de ce pays. En considérant particulièrement la France, tous les indigènes des colonies sont sujets, mais non citoyens français, tant que le caractère de citoyens ne leur a pas été expressément reconnu, suivant certaines règles spéciales déterminées par notre législation coloniale. Il y a donc là une quantité considérable d'individus qui sont subordonnés à la puissance publique française, mais que ne font point partie de la nation française. Quant aux*

fenômeno de agrupamento social das modernas sociedades civilizadas, consoante afirmação de Duguit, é tão somente neste grupo social (nação) que se poderia verificar o fenômeno Estado.

Ou seja, o fato social que caracteriza o Estado é verificado num determinado grau de interdependência social – que então não se pode verificar nos grupos sociais cronologicamente anteriores, inobstante preveja a possibilidade de coexistência destes grupos – que só é possível (verificável) na nação:

20. Princípios da nossa teoria do Estado. – Não podemos aceitar a doutrina, ainda dominante, do Estado pessoa coletiva soberana. Ela se fundamenta sobretudo sobre conceitos metafísicos sem quaisquer valores: de uma parte a suposta personalidade da coletividade, que possuiria uma consciência e uma vontade; de outra parte, a soberania, isto é, o poder, desta vontade coletiva, de formular ordens incondicionais. Formulada nos princípios de nossas declarações de direito, de nossas constituições da época revolucionária e, ainda, na Constituição de 1848, ela é ainda, de acordo com tais textos, a base/fundamento do nosso direito público Francês. Mas os fatos são mais fortes que os textos, e o direito encontra-se ali, na realidade social e não em fórmulas solenes, quaisquer que sejam elas, de leis. É chegado o momento de teorizar a construção jurídica do Estado, utilizando-se, unicamente, dos materiais fornecidos pela realidade social e, portanto, descartando-se todos os conceitos de ordem metafísica. O primeiro elemento social que deve incorporar este edifício é certamente a coletividade. O fato Estado implica a existência de uma sociedade humana, de um agrupamento social e, nos países que alcançaram hoje um certo grau de civilização, o agrupamento mais geral/comum é, certamente, a *nação*. Não negamos, jamais negamos a realidade da nação, mas tão somente a existência de uma pessoa nação investida de uma consciência e de uma vontade. A nação é, por assim

habitants des pays de protectorat, ils ne sont certainement pas même Français, et cependant ils sont subordonnés, en une mesure variable d'ailleurs, à la puissance française.” Cf. *Ibid.*, p. 56.

dizer, um elemento do Estado, mas não no sentido de ser a substância pessoal que se torna o Estado (isto é pura escolástica), mas no sentido de que é [a nação] o ambiente/meio social no qual se verifica/ocorre o fato Estado. O segundo elemento do Estado é o que denominamos de diferenciação entre governantes e governados. Reduzido aos seus elementos simples, este fato é a separação em um grupo social dos indivíduos que possuem maior força do que os demais indivíduos e que, de fato, podem lhes impor as suas vontades fundados na superioridade potestativa. Os primeiros são os *governantes*; os segundos são os *governados*. Esta superioridade potestativa pode consagrar as mais diversas formas. Nas sociedades primitivas ela era uma força material ou força moral fundada sobre as crenças religiosas. Nas sociedades modernas, extremamente complexas, essas forças são, também elas, extremamente complexas; acabam por se entrelaçarem à própria complexidade destas relações [se fundem/mesclam na própria sociedade], assumindo as mais variadas formas, mas elas ainda existem e, disto decorre que o governo de um país é tanto mais forte quanto mais organizadas são estas forças sociais. Os processos de lógica nos obrigam a proceder por meio da abstração e opor, assim, a entidade *governante* à entidade *governada*; mas este processo é legítimo, vez que não é senão a expressão, ainda que em linguagem abstrata, de duas realidades incontestáveis.³⁵³

³⁵³ Ibid., p. 49-50. Do original: “20. *Principe de notre théorie de l'État. – Nous ne pouvons accepter la doctrine, encore dominante, de l'État personne collective souveraine. Elle repose en effet sur des concepts métaphysiques sans valeur : d'une part la prétendue personnalité de la collectivité, qui aurait une conscience et une volonté, et d'autre part la souveraineté, c'est-à-dire la puissance de formuler des ordres inconditionnés appartenant à cette volonté collective. Formulée dans ses principes par nos déclarations des droits et nos constitutions de l'époque révolutionnaire et encore par la constitution de 1848, elle est encore, d'après ces textes, la base de notre droit public français. Mais les faits sont plus forts que les textes et le droit se trouve dans la réalité sociale et non dans les formules de lois quelques solennelles qu'elles soient. Le moment est venu de tenter la construction juridique de l'État, en utilisant uniquement les matériaux fournis par la réalité sociale et en écartant tous les concepts d'ordre*

O Estado é concebido, assim sendo, como fato social decorrente da complexidade social verificada nos grupos cujo grau de civilização permitiu-lhes, consoante classificação do próprio Duguit, alcançar a divisão denominada ‘nação’. Afinal, nesta, imperam entre os indivíduos relações dentro das quais, pelos motivos mais diversos, destacam-se aqueles mais fortes e, ‘destacados’, seriam capazes de impor suas vontades, por meio do constrangimento, àqueles tidos como mais fracos.

Eis, portanto, a condição *sine qua non* de compreensão do Estado e, de forma reflexa, da caracterização distintiva entre os governantes dos demais. Tão somente mantida tal condição se lhes pode considerar enquanto tal, afinal: “Não existe Estado; não existe governantes, se esse poder de constrangimento não lhes pertencer, no concreto, de fato”³⁵⁴.

métaphysique. Le premier élément social qui doit entrer dans cette construction est assurément la collectivité. Le fait État implique l'existence d'une société humaine, d'un groupement social, et la forme la plus générale des groupements sociaux dans le pays parvenus aujourd'hui à un certain degré de civilisation est assurément la nation. Nous ne nions pas, nous n'avons jamais nié la réalité de la nation, mais seulement l'existence d'une personne nation investie d'une conscience et d'une volonté. La nation est, si l'on veut, un élément de l'État, non pas en ce qu'elle est la substance personnelle devenant l'État (ce qui est de la scolastique pure), mais en ce sens qu'elle est le milieu social dans lequel se produit le fait État. Le second élément de l'État est ce que nous appelons la différenciation entre gouvernants et gouvernés. Réduit à ses éléments simples, ce fait est la séparation dans un groupement social d'individus qui ont une plus grande force que d'autres individus, et qui, en fait, peuvent imposer aux autres individus leur volonté par cette plus grande force. Les premiers sont les gouvernants ; les seconds sont les gouvernés. Cette plus grande force peut affecter des formes infiniment diverses. Elle a été dans les sociétés primitives une force matérielle ou une force morale fondée sur des croyances religieuses. Dans les sociétés modernes extrêmement complexes, ces forces sont elles-mêmes extrêmement complexes. Elles s'entremêlent dans une même société ; elles revêtent des aspects divers, mais elles existent toujours et le gouvernement d'un pays n'est vraiment fort que lorsqu'il est l'organisation de ces forces sociales. Les procédés de la logique nous obligent à procéder par voie d'abstraction, à opposer ainsi l'entité gouvernants à l'entité gouvernés ; mais c'est légitime, car il n'y a là que l'expression en langage abstrait de deux réalités incontestables”. Veja ainda, no mesmíssimo sentido DUGUIT, León. **Traité de Droit Constitutionnel**. Troisième édition, tome deuxième : la théorie générale de l'État. Paris : Ancienne librairie Fontemoing & C^{ie}, 1928, p. 1 et seq.

³⁵⁴ *Id.*, 1911, p. 68. Do original: “Peu importe ; il n'y a pas d'État, il n'y a pas de gouvernants, si cette puissance de contrainte ne leur appartient pas en fait”.

Muito embora não apresente a teoria geral exposta por Duguit maiores dificuldades cognitivas, mérito devido (pode-se afirmar) sobretudo à clareza com que é exposta, vê-se a ruptura com os demais juristas analisados. Duguit nega a juspublicística tedesca, não obstante se lhe aproxime em diversos elementos; movimento que se verifica também em relação à Santi Romano.

A primazia de sua análise, porém, deve-se essencialmente à desconstrução dos elementos utilizados para conformar o Estado moderno. Nesse sentido, é de notável importância apresentar, neste ponto – *faire mourir en donnant le coup de "grâce"* –, a crítica direcionada à “soberania”, pois: “Para finalizar a edificação e defender a nossa doutrina, o melhor é expor a teoria ordinária da soberania e demonstrar tudo que ela porta de artificial, contraditório e as controvérsias sem fim que dela decorrem/acompanham-na”³⁵⁵.

Da compreensão da distinção potestativa entre governantes e governados, busca Duguit esclarecer acerca do elemento ‘vontade’ que determinará, de forma mais específica, como se lhes pode legitimar os mandamentos. O que é feito, até então, pela caracterização da soberania como elemento potestativo de ordem superior que atribui/concede ao seu titular o poder necessário e legítimo para emanar ordens impositivas.

Nesse sentido, expõe o que compreende por teoria ordinária da soberania ao afirmar que:

Para a doutrina ainda dominante na França, a soberania é o poder de comando do Estado. Ela é a vontade da nação, e a nação tem sido organizada em/no Estado; ela torna-se o poder de comando do Estado, ou o direito de formular ordens *incondicionais* a todos os indivíduos que se encontram sobre o seu território. M. Esmein, que é de todo fiel à doutrina ordinária da soberania, escreve: ‘O Estado é a personificação jurídica de uma nação, é o sujeito e o suporte/fundamento da autoridade pública. O que por certo constitui uma nação é a existência, em uma sociedade de homens, de uma autoridade superior às vontades individuais. Esta autoridade, que naturalmente não

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 79. Do original: “Pour achever d’édifier et de défendre notre doctrine, le mieux est d’exposer la théorie ordinaire de la souveraineté et de montrer tout ce qu’elle a d’artificiel, de contradictoire et les controverses sans fin qu’elle traîne à sa suite”.

reconhece nenhum poder superior ou concorrente nas relações sobre as quais ela impera, denomina-se *soberania*. Ela possui duas projeções: a *soberania interna*, ou o direito de comandar a todos os cidadãos que compõem/integram a nação, e mesmo todos àqueles que residem sobre o território nacional, a *soberania externa*, ou o direito de representar a nação e de envolvê-la nas suas relações com as demais nações. (*Droit constitutionnel*, 5^a édit., 1909, p.1)'. É a soberania, desta forma compreendida, de que falam nossas constituições e nossas Declarações de direitos nos artigos adiante citados: *Déclaration des droits* de 1789, art. 3 ; Const. 1791, tit. III, pr., art.1; *Déclaration des droits* de 1793, art. 23 et 25 ; Const. 1793, art.7 ; *Déclaration des droits an III*, art. 17 et 18 ; Const. de l'an III, art. 2 ; Const. 1848, art. 1 et 18. Deste conceito de soberania podem-se distinguir três elementos: 1º um poder volitivo; 2º um poder mandamental/de comando; 3º um poder de comando independente.³⁵⁶

³⁵⁶ *Id.*, loc. cit. Do original: “Dans la doctrine encore dominante en France, la souveraineté est la puissance commandante de l'État. Elle est la volonté de la nation ; et la nation étant organisée en État, elle devient la puissance commandante de l'État, ou le droit de formuler des ordres inconditionnés à tous les individus se trouvant sur son territoire. M. Esmein, qui exprime bien la doctrine ordinaire, écrit : « L'État est la personnification juridique d'une nation ; c'est le sujet et le support de l'autorité publique. Ce qui constitue en droit une nation, c'est l'existence, dans une société d'hommes, d'une autorité supérieure aux volontés individuelles. Cette autorité, qui naturellement ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit, s'appelle la souveraineté. Elle a deux faces : la souveraineté intérieure, ou le droit de commander à tous les citoyens composant la nation et même à tous ceux qui résident sur le territoire national, la souveraineté extérieure, ou le droit de représenter la nation et de l'engager dans ses rapports avec les autres nations » (*Droit constitutionnel*, 5^a édit., 1909, p.1). C'est de la souveraineté ainsi comprise que parlent nos constitutions et nos Déclarations des droits dans des articles souvent cités. *Déclaration des droits* de 1789, art. 3 ; Const. 1791, tit. III, pr., art.1 ; *Déclaration des droits* de 1793, art. 23 et 25 ; Const. 1793, art.7 ; *Déclaration des droits an III*, art. 17 et 18 ; Const. de l'an III, art. 2 ; Const. 1848, art. 1 et 18. Dans cette souveraineté conçue, on distingue trois éléments. La souveraineté est : 1º un pouvoir de vouloir ; 2º un pouvoir de commander ; 3º un pouvoir de commander indépendant”.

A partir desses elementos, então, passa Duguit a destrinchá-los de forma a desconstruí-los, sempre a partir da constatação do real, e, deste modo, reforçar os elementos até então expostos acerca da teoria do Estado-fato que são, também, agrupados conforme os elementos anteriormente apontados.

A primeira contradição congênita, nessa perspectiva, seria o fato de que, não obstante repousar a soberania ‘originária’ na nação (no povo), esta organizar-se-ia senão em Estados os quais, no limite, são ‘a pessoa’ – Estado-pessoa. Este, portanto, possui uma vontade que é soberana. Nesse sentido, afirma que “por um fenômeno de todo inexplicável” esse poder volitivo “essa vontade da nação se comunica com o Estado, mas ainda assim mantém [a nação] o substrato/substância do poder”³⁵⁷.

Ainda assim, (superada tal contradição apenas para fins teóricos) nessa mesma esteira, concebida desta forma – como poder volitivo – resulta que este poder é equivalente a um direito subjetivo do qual o titular é o próprio Estado. Tudo quanto ato volitivo implica, consoante assevera³⁵⁸, a noção de direito subjetivo ao poder (possibilidade) de agir; disso deve-se considerar que toda pessoa (entidade) possui, dentro de sua esfera de atuação, esse poder de comando. A vontade (ato volitivo) do Estado, porém, é superior a todas as demais, ou seja, “[a vontade] não é apenas uma vontade jurídica, [é uma vontade imperativa, mandamental]”³⁵⁹, trata-se, portanto, não de *volonté juridique*, mas de *puissance*, de um poder jurídico.

Admitida tal contradição, ainda assim, conquanto premissa do Estado que não pode ‘perdê-la’ sob pena de descaracterizar-se enquanto tal, restariam sem explicações, consoante afirma Duguit, tudo quanto do Estado ‘emanasse’ que não se caracterizasse como elemento de poder jurídico.

³⁵⁷ *Id.*, loc. cit. No original : “*Par un phénomène, du reste inexpliqué, lorsque la nation s’organise en État, cette volonté de la nation se communique à l’État, bien que dans sa substance elle reste à la nation. Ou si l’on veut plus simplement, la nation ne se distingue pas de l’État, qui est la nation organisée fixée sur un territoire, et la souveraineté, c’est la volonté de l’État-nation. La souveraineté est pour l’État-personne, ce qu’est la volonté pour l’individu-personne*”.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 80 et. seq.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 80. No original: “*La volonté de l’État est supérieure aux autres volontés se trouvant sur son territoire ; elle est une volonté commandante ; elle n’est pas seulement une volonté juridique, elle est une puissance juridique ; la volonté de l’État est par sa nature même supérieure à toute autre volonté individuelle ou collective se trouvant sur son territoire*”.

É dizer, se a vontade do Estado distingue-se das demais exatamente por se tratar de uma vontade mandamental, em realizando o Estado um ato que não desta natureza imperativa, a falha intrínseca no conceito restaria inafastável, pois:

Este conceito é absolutamente contrário aos fatos; pois acontece constantemente que o Estado não age como titular do poder público, que seus atos não tenham a característica de mandamento/comando. É suficiente indicar, a título ilustrativo, os numerosos contratos de direito interno que celebra o Estado. Como pode o Estado, que por definição é senão o poder jurídico [vontade distinta das demais que não são superiores] restar vinculado por um contrato e, então, deixar de ser um poder público [superior]? Esse problema não passou despercebido pelos publicistas, os quais tentaram, porém, em vão, resolvê-lo.³⁶⁰

Por fim, neste particular da crítica de Duguit à teoria ordinária da soberania, busca refutar a ideia de que a soberania seria um poder de

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 80. Do original : “*Or, cela est absolument contraire aux faits. Il arrive constamment que l'État n'agit pas comme puissance publique, qu'il fait des actes qui n'ont pas le caractère de commandement. Il suffit d'indiquer à titre d'exemple les nombreux contrats de droit interne que fait l'État. Comment l'État, qui est par définition même la puissance, peut-il être lié par un contrat et par là ne cesse-t-il pas d'être puissance publique ? Le problème n'a point échappé aux publicistes. Mais ils se sont efforcés en vain de lui donner une solution.*” Esclarecedor pontuar, embora com ressalvas, a posição de Romano – não obstante a já anterior análise quando do tópico 1.1.3 do presente trabalho; há, para Romano, também a constatação do referido problema, o que é, pelo jurista, que parte (então) da compreensão do Estado-pessoa suprido pela teorização do “*sdoppiamento*” (da personalidade) do Estado. Explicita, assim, Romano, consoante uma perspectiva jurídica, pois decorrente das relações (jurídicas) entre as ‘pessoas menores’ – órgãos, autarquias, etc. – a plena possibilidade de persecução por estas entidades menores do fim ‘maior’ perseguido pelo Estado no e em seu nome – ressalvados os fins específicos perseguidos pelas autarquias, conforme já registrado – posição também aproximada defendida por Coddaci-Pisanelli – influências da escola italiana. Ocorre que, conforme compreensão de Duguit, que registrara já uma crítica acerca da compreensão da ‘personalidade’ do Estado (pessoa!), referida ‘resolução’ seria de todo também “em vão”, por partir de premissa equivocada e pretender justificar aquilo que não se pode fazê-lo, ou seja, socorrer-se de previsões não reais ou ‘metafísicas’.

comando ilimitado. Direciona, dessa maneira, crítica específica à juspublicística Alemã e, em particular, à Seydel³⁶¹, o qual incorreria no equívoco apontado por Duguit.

Afirma, então, ainda atido à *pars destruens* característica, que haveria searas nas quais o Estado não poderia³⁶² intervir (a exemplo de, consoante sua própria teorização, alguns direitos naturais individuais, como os relacionados à solidariedade social) e, portanto, “é de bom tom observar que estão a confundir a soberania e a arbitrariedade”³⁶³.

Além disso, afirmar que a soberania é ilimitada seria recusar sua própria natureza jurídica, pois em sendo direito possui, por óbvio, limites, de forma que “o essencial é compreender que, mesmo aceitando a soberania do Estado, há um domínio que lhe escapa à ação; que afirmar a soberania como um poder *independente*, não implica a aceitação da soberania como um poder volitivo *ilimitado*”³⁶⁴.

³⁶¹ Neste particular, ilustrativo esclarecer a crítica inicial de Duguit, em seus exatos termos para, efetivamente, constatar-se a compreensão de Seydel, pois: “*Il importe tout d’abord d’éviter une confusion. Quelques auteurs estiment que la souveraineté est le droit qui appartient à l’État et seulement à l’État de formuler un ordre général ou individuel sans aucune restriction, sans aucune limite, et que tout commandement émanant de l’État a une valeur juridique, quel que soit le domaine dans lequel il intervient, quel que soit son contenu. En Allemagne, Seydel (Grundzüge, 1873) a écrit à plusieurs reprises (notamment, p.14) qu’il n’y avait pas de droit au-dessus ou à côté du souverain ; il n’y a de droit que par le souverain (Herrscher). A la puissance politique, a-t-on dit, il y a des limites de fait, des limites politiques, des limites morales, mais des limites juridiques, il n’y en a point, et cela est précisément ce qui fait que la puissance étatique est souveraine.*” Cf. *Ibid.*, p. 80-81.

³⁶² *Ibid.*, p. 81. Senão: “*Même dans la doctrine de la souveraineté, il y a des rapports qui échappent à la puissance de l’État ; il y a un domaine dans lequel la puissance de l’État ne peut pas juridiquement intervenir ; et l’existence de ce domaine ne fait point que sa puissance ne soit pas une puissance souveraine.*”

³⁶³ *Id.*, loc. cit. Do original : “*On a fait à bon droit observer que c’était là confondre la souveraineté et l’arbitraire.*”

³⁶⁴ *Id.*, loc. cit. Do original: “*L’essentiel est de bien comprendre que, même si l’on admet la souveraineté de l’État, il y a un domaine qui échappe toujours à l’action de l’État, que dire que la souveraineté est un pouvoir-vouloir indépendant, ce n’est pas dire qu’elle est un pouvoir-vouloir illimité. [La souveraineté de l’État est un droit ; comme tout droit elle ne peut s’exercer que dans certaines limites juridiques. Il faut donc supposer qu’on est dans le domaine de l’action de l’État, et, cela supposé, déterminer en quoi consiste cette indépendance, qui fait que le pouvoir de commander appartenant à l’État est un pouvoir souverain.]*”.

Ocorre, porém, que, não obstante a crítica esboçada pelo autor, deve-se registrar que os governantes, elementos mais fortes, observam também uma finalidade que é a perseguição do desenvolvimento da sociedade enquanto integrantes partícipes da interdependência social. É dizer, de forma a permitir e proporcionar, no grupo social, o pleno desenvolvimento do todo coletivo; pelo que se conclui, no limite, restarem também os governantes, enquanto tais, limitados pelo mesmo ‘fim maior’: a livre realização e desenvolvimento da interdependência social.

Disso decorre, para além da delimitação funcional da atuação potestativa dos governantes³⁶⁵, a obrigatoriedade, no sentido positivo³⁶⁶,

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 70. A delimitação da atuação funcional dos governantes é realizada, consoante asseverado, pela vinculação à perseguição da solidariedade social, pois: “*Les gouvernants, étant des individus comme les autres, sont pris comme les autres dans les liens de l’interdépendance ou solidarité sociale et sont obligés de remplir les obligations que leur impose la règle fondée sur cette solidarité ou interdépendance sociale, fondement de ce que nous avons appelé ailleurs la discipline sociale. Cette discipline oblige d’abord les gouvernants à ne rien faire qui porte atteinte à la solidarité sociale sous ses deux formes. Ils ne peuvent agir contrairement à la solidarité par similitude, c’est-à-dire ils ne peuvent en aucune façon faire une chose, qui pour une classe, une minorité ou même un seul individu serait une entrave quelconque à la satisfaction des besoins communs à tous les hommes*”.

³⁶⁶ Compreenda-se a obrigatoriedade no sentido positivo em termos concretos, é dizer, os atos volitivos, para Duguit, são dos governantes, não do Estado que não é pessoa e, portanto, não possui querer (o que será esclarecido mais adiante), porém, os próprios atos de vontade dos governantes devem buscar a solidariedade social e, neste sentido, são por ela limitados/obrigados, afinal: “*Les gouvernants sont eux aussi obligés de mettre leurs aptitudes propres au service de la solidarité nationale ; et leurs déclarations de volonté s’imposent au respect de tous lorsqu’elles sont déterminées par un but de solidarité. On verra plus loin les différents modes que peuvent affecter ces déclarations de volonté. Pour le moment, on retiendra que les pouvoirs des gouvernants ont pour unique fondement leurs devoirs ; et que l’activité des gouvernants se rattache ainsi aux devoirs que leur impose la discipline sociale. Elle oblige les gouvernants, quels qu’ils soient, à employer la plus grande force qu’ils monopolisent à la réalisation de la solidarité sociale sous ses deux formes.*” vide *Ibid.*, p. 70-71; para além disso, deve-se interpretar a obrigação no ‘sentido positivo’ também de forma concreta, na medida em que esclarece, Duguit, que o monopólio dessa força coercitiva deve ser utilizado, também, enquanto fornecimento/prestação dos denominados serviços públicos – que seriam, na prática, a forma efetiva de permitir aos indivíduos que realizem, por sua vez, seus respectivos papéis na sociedade a que pertencem, pois: “*Dans l’intérieur de la nation, dans la limite du*

de fornecerem os elementos necessários para que a persecução da solidariedade social seja efetivada.

Ademais, se lhes impõem ainda (aos governantes) a obrigatoriedade de não afetar a liberdade dos indivíduos governados³⁶⁷ enquanto na realização de suas respectivas finalidades, o que gera, de forma reflexa, uma proteção de efeitos jurídicos para estes últimos³⁶⁸ e a delimitação, também jurídica, para aqueles primeiros.

territoire occupé par cette nation, les gouvernants, différenciés des gouvernés et monopolisant la force, doivent employer cette force pour organiser et contrôler le fonctionnement des services publics ; ainsi les services publics sont un des éléments de l'État, et nous touchons en quelque sorte au point culminant de la conception de l'État que nous exposons et que nous pouvons résumer en disant : L'État n'est pas, comme on a voulu le faire et comme on a cru quelque temps qu'il l'était, une puissance qui commande, une souveraineté ; il est une coopération des services publics organisés et contrôlés par des gouvernants. Il importe donc de préciser cette notion de service public qui est capitale et autour de laquelle gravite tout le droit public moderne.” Cf. Ibid., p. 69-70. Postas essas considerações, esclareça-se, por elucidativo, a definição própria de serviços públicos: *“On aperçoit dès lors la notion de service public : c'est toute activité dont l'accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être assurée complètement que par l'intervention de la force gouvernante.” Cf. Ibid., p. 71.*

³⁶⁷ Vide Ibid., p. 70. Nesse sentido, no original: *“Les gouvernants ne peuvent rien faire qui soit contraire à la solidarité par division du travail. Ce mode de solidarité a pour facteur essentiel le libre développement de l'activité individuelle. Les gouvernants ne peuvent donc faire quoi que ce soit qui puisse gêner dans une mesure quelconque le libre et plein développement des activités individuelles.”*

³⁶⁸ Cf. Id., loc. cit. Não obstante não utilize, Duguit, o termo ‘reflexas’, posto que, fundado na crítica à juspublicística tedesca, a qual lança, é verdade, o termo *Reflexrecht* para fundamentar o surgimento reflexo dos direitos dos indivíduos como efeito ‘reflexo’ do poder do Estado, é, por certa uma aproximação, o que se depreende da conclusão de Duguit, que, claro, fundamenta tal surgimento não do poder público (soberano) do Estado e nem tampouco, como faz Romano, como decorrência da relação estabelecida entre sujeitos – e, portanto, entre Estado-pessoa e indivíduos (pessoa no termo preciso) –, mas fundamenta-o, o surgimento, como corolário da natureza fundante dos laços sociais, senão como retorno dessa relação, afinal: *“Tout particulier est astreint à employer ses aptitudes propres à la réalisation de la solidarité sociale sous ses deux formes, et en retour il peut vouloir juridiquement tout résultat conforme à ce but ; ou, en d'autres termes, tout*

A importância, portanto, dos elementos apostos por Duguit, toca o pensamento de Romano notadamente naquilo que pertine à desconstrução do Estado moderno e, nesse particular, ao elemento potestativo.

De fato, os esforços teóricos de Duguit direcionam-se a fazer ruir o dogma da soberania nacional, principalmente. Esforço que, se por um lado leva-o, inicialmente, a negar a estatalidade tedesca, acaba por aproximá-lo, *contrario sensu*, na medida em que da espontaneidade do direito surgiria, elemento inafastável, a distinção política na sociedade.

É, a bem da verdade, exatamente essa a pretensão de *e.g.* Jellinek, apresentar um Estado de Direito forte de forma a dissociar tudo quanto ingerência política; ou seja, os fatores reais de poder que influem na estatalidade própria. Falha, porém, talvez depositada na crença em demasia por Jellinek na realização do direito pelo Estado, à qual se aproxima também Duguit, ao crer efetivamente na interdependência social como elemento (por si só) limitador dos fatores reais de poder.

Essa é, pode-se afirmar, a (uma) distinção maior de Romano em relação à Duguit: por reconhecer a existência dessas influências, entende como imprescindível sobretudo a participação nestes corpos intermediários dos indivíduos associados por interesses, o que, no limite, deixaria à própria força contrastante destes entes associados a oxigenação espontânea da sociedade.

acte de volonté individuelle déterminé par un pareil but est juridiquement protégé". Acerca das críticas direcionadas à teoria de Duguit, particularmente naquilo que toca a personalidade do Estado – e portanto reitera o exposto acima –, *vide* quando do tópico específico intitulado ‘§9 -Critiques dirigées contre me doctrine’ em que afirma: “*Je crois avoir établi une théorie générale de l'État adéquate aux faits et qui élimine toutes les hypothèses sans valeur, toutes les affirmations d'ordre métaphysique, toute la dialectique subtile mise en œuvre pour plier la réalité aux prétendus principes des juristes. Mais une doctrine qui nie la personnalité et la souveraineté de l'État devait rencontrer bien des objections. Je ne peux me dispenser d'en examiner quelques-unes. Auparavant, il n'est pas inutile de faire une observation. Je dis que l'État n'est pas une personne, que l'État n'est pas une personne souveraine, que le concept de souveraineté est un concept sans valeur et sans réalité, qu'en fait existent dans les groupements nationaux et territoriaux des groupes d'individus qui détiennent une force, qu'ils sont des gouvernants, que la discipline sociale fondée sur l'interdépendance leur impose des devoirs, et qu'ils ont pour l'accomplissement de ces devoirs des pouvoirs socialement protégés. En disant cela, je crois fermement suivre la réalité d'aussi près que possible. Dans ce qu'on appelle l'État, il n'y a pas autre chose ; et le droit public ne peut reposer que sur ces faits.*” Cf. *Id.*, 1928, p. 81 et seq.

O direito, nesse sentido, enquanto inerente à cada grupo social, restaria, por implicação necessária, observado por aqueles cuja sombra afeta.

De forma mais ampla, porém, vislumbra-se a constante existente entre as escolas que, ora em contraste oposicionista, utilizam-se dos elementos aproximados que permeiam a edificação, cada qual a seu modo, de um elemento muito semelhante e do qual, embora as diferenças, não logram superar ou visualizar a superação do ente Estatal.

3 O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: REVELAÇÕES ROMANIANAS

“Os outros doutores também achavam a Constituição monárquica absolutamente tola, porque, desde que ela fora promulgada, havia surgido um certo jurista alemão ou aparecido um novo remédio para erisipelas. A nova devia ser uma perfeição e trazer a felicidade de todos.”

Lima Barreto

Não que se apresente de forma inédita a dificuldade inerente ao presente capítulo, cuja pretensão seria efetivamente analisar as eventuais apreensões, influências e assimilações pelo pensamento constitucional brasileiro daquela que se pode definir como teoria romaniana.

Sem pretendê-la reduzir a determinada compreensão pontual, mas sem, também, pretendê-la à uma extensão em que se confunda, naquilo que se comunica com demais juristas, ‘em tudo enxergar Santi Romano’, busca-se, efetivamente, aqueles traços distintivos que caracterizariam a especificidade do jurista palermitano.

Por um lado, conforme esclarecido, deve-se fundamentalmente à juspublicística tedesca a conformação teórica do Estado moderno enquanto Estado precisamente de direito; com a sorte de elementos que daí decorrem. Por outro lado, à escola francesa deve-se também uma sorte de conceitos, sobretudo os vinculados à ideia de soberania e nação que, assimilados com muitos dos elementos da escola alemã, conformaram parte do pensamento constitucional ocidental³⁶⁹.

Embora influenciada também pelo pensamento constitucional ‘europeu’, méritos teóricos outros devem ser atribuídos (registrados) ao constitucionalismo estadunidense, especificamente naquilo que se

³⁶⁹ Reitere-se que não se pretende reduzir ‘todo’ o pensamento constitucional e/ou mesmo ignorar as contribuições teóricas outras, a exemplo ilustrativo da inglesa cuja importância é, também, latente. Entretanto, sob pena de se escrever um tratado geral, delimitou-se o pensamento consoante as premissas já anteriormente expostas; sendo assim, restringe-se a perspectiva sobre as escolas ora mencionadas.

correlaciona com o federalismo³⁷⁰ e, precisamente, a ruptura com a ‘nação soberana’ para projetá-la, a soberania, então, no indivíduo – *one man one vote*.

³⁷⁰ Não apenas o reiterado enaltecimento dos norte-americanos é verificável no pensamento constitucional, mas sobretudo, o ideal do modelo constitucional inglês, a ser forçosamente transplantado por meio de códigos é também ressaltado. Naquilo que tange à discussão do federalismo, ressalte-se o engrandecimento – que fazia incorrer inclusive na fundamentação ofuscada e, então trevosa, na assimilação de elementos ‘descontextualizados’ – ou a não assimilação por completo. Se por um lado foi essa uma inclinação comum deste tempo, comum também mostrou-se (consoante mostrar-se-á adiante) o abandono progressivo desse enaltecimento. Esclarecedora, nessa perspectiva, a abordagem de MARQUES, Silva. **Elementos de Direito Publico e Constitucional**. Rio de Janeiro: Benjamin de Aguilã, 1911, p.79. Senão: “O regimen federal, conforme se pratica na actualidade, é incontestavelmente uma innovação no direito publico moderno. Não obstante a historia antiga offerecer numerosos exemplos de união politica para defeza commum, o facto é que essas ligas de Estados nunca praticaram a federação como organização distincta, foram antes a fôrma rudimentar da confederação propriamente dita. A celebre republica da Lycia , mencionada por Montesquieu como modelo de fôrma federativa, não era mais do que uma confederação de 23 cidades, com direito, conforme a importancia de cada uma, a um, dous ou tres votos no conselho commum. Os antigos não chegaram a comprehender a possibilidade de conciliar n’um grande Estado a ordem e a liberdade, a segurança e a força com a igualdade e a independencia, como haviam feito em cidades ou Estados de pequena extensão. A liga chamada acheense, o mais importante exemplo de Estado composto conhecido na antiguidade, dá ideia d’uma confederação no sentido moderno, exactamente como a liga amphyctionica fundada para fins religiosos antes do que politicos. O nome da primeira dessas ligas vem de Achaia, provincia grega que comprehendia então a Beocia, a Doria, Etolia, Attica, Locria, Megarida, Phocida e parte do Peloponeso. Esses povos, com o fim de assegurar a sua independencia contra os macedonios, organisaram uma especie de confederação com o nome de Liga acheense, que durou perto de cento e quarenta annos, e na qual tomaram parte quatorze cidades, conservando cada uma o seu governo proprio.”, pelo que passa, então, a reiterar especificamente este ponto acerca do federalismo que, muito embora a assimilação à origem histórica anterior, atribui o mérito àquele que seria o povo extraordinário: “Conforme ficou dito na primeira parte deste Capitulo, o regimen federal, como forma completa de governo, é uma criação moderna, praticada pela primeira vez, ha pouco mais d’um seculo, nos Estados-Unidos da America do Norte. As provincias anglo-americanas haviam prestado, como é sabido, grande auxilio á metropole durante as guerras entre a Inglaterra e a França [...] Durante essas lutas que se prolongaram desde fins do seculo XVII até além da segunda metade do seculo XVIII, os norte-americanos não só adquiriram

Muito embora inúmeros os debates vivenciados entre a intelectualidade pátria (ou o que se pode dizer os atores principais), é efetivamente a influência (apropriação) teórica da federação e, portanto, de uma nova compreensão acerca da soberania – que não a francesa – que se verifica no entorno (senão a centralidade³⁷¹) da Proclamação da República e da Federação (1889). A esse respeito, inclusive:

Note-se o radicalismo federativo do Decr. Nº 1, com a referência à *soberania* dos Estados, que não correspondia a nenhuma realidade e já estava superado nos Estados Unidos desde a Guerra da Secessão. Ademais a federação no Brasil se fez partindo de sentido inverso ao que ocorreu nos E.U.A. Lá eram Estados soberanos, confederados, que se uniram em federação, tornando-se, então, autônomos. Aqui, qual acontece no México, eram províncias, componentes administrativas dependentes de um Estado unitário, que se tornaram Estados autônomos, membros de uma federação, onde adquiriram relativa independência política e legislativa.³⁷²

conhecimentos na arte da guerra, como tiveram ocasião de julgar do seu proprio valor. Povo dotado de extraordinaria energia, era natural que sentisse depois desses acontecimentos certa repugnancia em obedecer ás restricções, senão ao tratamento desigual que lhe impunha o governo da metropole.” Cf. MARQUES, 1911, p. 96-97. *Vide*, também, BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Organização do poder: a institucionalização do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 23, n.90, p. 5-34, abr./jun. 1986a. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181714>>. Acesso em: 10 fevereiro 2017.

³⁷¹ Cf. BARACHO, 1986a, p. 9: “O ideal federativo, no Brasil, desenvolveu-se desde o Império. A prioridade dada à Federação, na evolução das instituições políticas brasileiras, é apresentada por vários publicistas. O federalismo é, desde 1831, a mais ardente aspiração do Brasil. O unitarismo do Estado brasieleiro, no período imperial, levou às concessões às idéias federativas. O Manifesto Republicano de 1870 foi pioneiro na conceituação da proposta federativa. No desenvolvimento do processo democrático brasileiro, dois temas têm profunda significação: República e Federação. ASSIS BRASIL afirma que a Federação foi a verdadeira causa de República”.

³⁷² Cf. VALLADÃO, Haroldo. **História do direito especialmente brasileiro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 168.

Ponto nevrálgico indissociável do Estado moderno, a própria extensão dos poderes dos então entes ‘federados’ prolonga-se para searas outras e, consequentemente, afeta por extensão o próprio cerne do Estado. Nesse específico, destaca Valladão, o debate ocorrido quando da Assembleia Constituinte entre Campos Salles e José Higinio Duarte Pereira:

[...] acerca da extensão dos poderes dos Estados na futura Constituição, atribuindo-lhes o primeiro [Campos Salles] todo o direito substantivo, civil, comercial, penal, processual, a exemplo da Constituição dos Estados Unidos, e qual se fizera no México, *contestado pelo segundo, ilustre professor da Escola do Recife, com citação de autores alemães, em particular de Jellineck (sic) e Laband, contra a divisibilidade da soberania*, prevalecendo, afinal, a doutrina intermédia, de Augusto de Freitas, da Constituição argentina, ficando só o processo ao (sic) Estados.³⁷³

Influência outra que reflete sobremaneira na conformação do pensamento constitucional brasileiro, atrelada, neste ponto, à conformação da República, e que se segue à “grande empresa jurídica da República foi a promulgação de um Código Civil para o Brasil”³⁷⁴ é o entorno intelectual dessa ‘grande empresa’.

Muito embora trate-se do embate acerca da codificação, elementos outros há que apontam singularmente uma visão crítica ao positivismo estatalista e, pelo contrário, acentuam inclusive uma visão próxima do positivismo filosófico. Juristas como Clóvis Bevilacqua (1859-1944), ao comentar aquela que seria uma das obras primas de Pontes de Miranda (1892-1979), *Systema de Scientia Positiva do Direito*³⁷⁵, afirma:

É essa a vossa organização mental : amaes a realidade interpretada pela sciencia, para extrairdes as normas da vida. E logo se vos apresentou o grave

³⁷³ *Ibid.*, p. 170, grifo nosso.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 179.

³⁷⁵ BEVILAQUA, Clovis; PINHEIRO, Nunes. **O Direito como Scientia Positiva**: na obra científica de Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: Livraria Científica Brasileira, 1923. Obra primorosa que reúne os discursos proferidos no banquete de 26 de fevereiro de 1923, incluída, na obra, o ‘Discurso, em resposta, proferido pelo Sr. Dr. Pontes de Miranda’.

problema : – se a lei não representa, integralmente, o direito, como satisfazer as necessidades de ordem, de conciliação de interesses, de justiça, quando falha a regra legislativa, e não ha o costume suppletivo ? Esta interrogação suppõe a lei forma do direito, ao lado de outras ; mais radical, apenas a consideraes puro symbolo. Não que vos pareça a lei inutil como a Jean Cruet ; mas porque a lei é sempre imperfeita no traduzir relações sociaes infinitamente variaveis. Como quer que seja, ha lacunas no direito escripto, e é forçoso preencher-las. Para consegui-lo ha sómente um meio, que é conhecer as relações sociaes em jogo, e dellas colher a regra jurídica latente na vida collectiva.³⁷⁶

Pontes de Miranda, por sua vez, em discurso próprio, após afirmar que “O orador da minha geração, que tanto amo, galardoou-me com chamar-me o Augusto Comte do direito. Prefiro, meus prezados amigos, falar da sciencia e do Brasil, em vez de falar de mim.”³⁷⁷, apresenta, então, elementos que não permitem conclusão outra senão a da precípua influência francesa – positivismo filosófico – no pensamento do jurista:

Em livrinho publicado em língua alemã dizia eu: ‘o valor da tradição é duplamente respeitado pela sciencia : quando *induz*, em vez de impor principios *a priori* ; quando se abstém de intervir, *se e em quanto* não possui dados positivos’. E no *Systema*: ‘...a politica, que devemos seguir, é a do conservantismo, mas do conservantismo scientifico, que apenas cria, em favor do que *é*, a presumpção de ser util : feita a prova do contrario, devemos, firmemente, seguir o que a observação, a indução e as experiencias nos mostrarem’. E noutra obra: ‘A vida é *superávit* de bem. Se há *deficit*, surge a morte. Ora, os corpos sociaes vivem ; logo, tambem eles suppõem o excesso do bem sobre o mal, isto é, o triumpho successivo, estatístico, das circumstancias favoraveis [...] Isto, Senhores, é a penetração da sciencia, do impessoal, da technica, do rigor metodologico, nos obscuros dominios da acção humana e do governo dos

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 8-9.

³⁷⁷ MIRANDA, Pontes de. In BEVILAQUA; PINHEIRO, 1923, p. 27.

homens ; e é somente disto que se precisa para a prosperidade dos países e do mundo, com as soluções pelo melhor possível, o máximo de organização e o mínimo de *quantum* despotico.³⁷⁸

Estes seriam precisamente, pode-se afirmar, os elementos teóricos que permearam o bosquejar do Estado em suas apropriações pelo pensamento constitucional brasileiro, particularmente a partir da então nascedoura República.

À rapidez das mutações políticas – sob a perspectiva do Estado, político-jurídicas – ocorridas no Brasil, entretanto, opõe-se, em parte, a permanência (mais prolongada) dos atores principais; é dizer, naquilo que pertine à presença dos juristas conformadores do pensamento Constitucional pátrio, muitos dos quais presenciam, para além da ‘instalação’ do novo regime, a modificação de tantos outros posteriores. Daí porque não se utilizou, inicialmente, o plano de fundo político institucional pátrio, muito embora deva-se levá-lo em consideração inafastável enquanto influência também na conformação dos juristas.

Muito distante da pretensão, também, de reduzir ou assimilar forçosamente a realidade brasileira, cujas idiossincrasias conformadoras, embora devam ser respeitadas, possuem amplitude tal que não teriam lugar neste presente trabalho, deve-se ter em mente esses elementos principais/iniciais.

É, efetivamente, a partir de uma perspectiva do pensamento constitucional brasileiro, com sua carga conformadora, com os olhos para além-mar que são teorizados os elementos jurídicos de conformação do Estado ‘pátrio’.

Eis a principal das dificuldades. Muito embora a influência direta dos elementos acima mencionados, raríssimos, senão inexistentes são as obras utilizadas pelo pensamento constitucional brasileiro cujo acesso demonstra-se ‘facilitado’. Se é bem verdade que a essa constatação já fora verificada³⁷⁹ a veracidade em momentos anteriores, é verdade também que a dificuldade, embora amenizada, permaneça.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 30.

³⁷⁹ Esclarecedora a afirmação, quando da apresentação da primeira tradução para o português de uma obra do jurista Santi Romano. Nesse sentido, pontua Geraldo Ataliba: “O estudioso brasileiro do direito enfrenta grande dificuldade de acesso às magnas obras do direito público. É difícil a obtenção dos clássicos, que plasmaram o moderno pensamento juspublicístico, expondo os fundamentos teóricos, e deduzindo-lhes as consequências, da moderna ciência do direito público. Grande parte do despreço pelo direito público, entre nós, se deve a essa

No que pertine, portanto, à análise da compreensão do pensamento de Santi Romano no Brasil, enfrenta-se, então, um problema de ordem maior. Problema esse que não se direcionaria, certamente, à dificuldade da língua, precipuamente se considerada a larga utilização de juristas sobretudo alemães e franceses; muitos dos quais ainda hoje, inclusive, não foram traduzidos para o português.

A dificuldade poderia projetar-se, sim, pela influência teórica conformadora do pensamento constitucional – neste particular, não apenas o brasileiro – que se fundamenta, repise-se, sobre as bases germânicas, francesas e, em parte, estadunidenses – ao menos naquela em que se pode afirmar a Primeira República³⁸⁰.

dificuldade.”, *vide* ROMANO, Santi. **Princípios de Direito constitucional geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977, p. V.

³⁸⁰ Ilustrativo, sob essa perspectiva, o distanciamento observado inclusive no que pertine à menção ao pensamento estadunidense. Rodrigo Octávio, ao fundamentar a soberania em 1919 utiliza-se do ‘reforço’ dos ‘publicistas americanos’. Entretanto, ao lançar a 5ª edição do mesmo exemplar, em 1935, não obstante a manutenção da quase integralidade do livro, substitui, naquilo que pertine à soberania, tão somente a referência aos mesmos ‘publicistas americanos’. Senão veja-se OCTÁVIO, Rodrigo; VIANNA, Paulo D. **Elementos de Direito Público e constitucional brasileiro**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1919, p. 31: “O poder do Estado considerado em sua força suprema, em sua autoridade superior é a *soberania*, que se define como – o direito que tem um povo de regular as suas condições de existencia. Tal poder é, segundo os publicistas americanos, um poder absoluto, insuperintendível, pelo qual o Estado é governado. Um Estado só é soberano quando este poder supremo reside n’elle, quer permaneça em um individuo singular, quer em um certo numero de individuos, quer em todo o corpo da nação.”; *vide* também, em sentido ‘suprimido’, porém: OCTÁVIO, Rodrigo. **Elementos de Direito Público e constitucional brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1935, p. 38: “O poder do Estado considerado em sua força suprema, em sua autoridade superior é a *soberania*, que se define como – o direito que tem um povo de regular as suas condições de existencia. Tal poder é absoluto, e, em nome d’elle é o Estado governado. Um Estado só é soberano quando este poder supremo reside nelle, quer permaneça em um individuo singular ou em um certo numero de individuos, quer em todo o corpo da nação”. Ainda, no mesmíssimo sentido Cf. BARACHO, 1896a, p. 10, nestes termos: “A Federação, envolta com a República, preparou o país para profundas transformações de ordem política e jurídica. A Federação apareceu associada à democracia. Desde o início, nos debates constitucionais, a lição norte-americana era constantemente invocada, para lembrar aspectos democráticos e autonomistas daquele sistema federativo: federação, ampla autonomia, descentralização política e administrativa. A inclinação para a Federação não evitou que ela surgisse fraca, nem que ocorressem abusos centralistas”.

Para além disso, observa-se a dificuldade peculiar acerca da inexistência de um efetivo levantamento, mesmo sequer um tracejado, feito a partir de uma análise histórica acerca do ‘caminho’ traçado e mesmo percorrido pelos constitucionalistas pátrios.

Postas estas considerações iniciais, registre-se ainda a dificuldade congênita da robustez de tal pretensão: realizar um palpável traçado histórico no (a partir do) pensamento constitucional brasileiro a justificar, então, a atenção sob o sublunar.

Por outro lado, diante dessa falta, abre-se a possibilidade para efetivamente tracejá-lo, o caminho percorrido pelo pensamento constitucional brasileiro; o que, considerada a grandiosidade, não permite senão uma análise inicial do aparente, é dizer, do superficial.

Portanto, a pretensão do presente capítulo é delinear, no concreto, um roteiro sob a perspectiva do pensamento de Santi Romano no Brasil. Tracejo esse que implica, inicialmente, uma direção a ser seguida, pois que a esmo ora se encontra.

Três questões devem ser pontuadas.

Distante de pretender alongar a história, afirma-se a quase inexistência no pensamento constitucional ‘atual’ dos conceitos lançados por Romano. Exceções há, mas por se tratarem de exceções pontuais, mostram-se insuficientes para alterarem o quadro geral: de inexistência ou de leitura subsidiária. Não obstante isso, as exceções que foram identificadas serão aqui abordadas.

Ponto outro que se deve ter em mente e que afastaria também a questão da (dificuldade da) língua, é que, de Santi Romano, foram traduzidas para o português duas de suas obras.

A primeira delas realizada pela professora Maria Helena Diniz ainda no ano de 1977; trata-se daquelas que seriam já as obras finais de Romano e que expressariam, de forma mais dogmática, a maturação de todo o traçado teórico por ele realizado. Nesta edição dos *Principii di diritto costituzionale generale* (1945), Maria Helena Diniz recebe nota introdutória de Paolo Biscaretti di Ruffia – discípulo de Romano –, de quem posteriormente traduz também a obra ‘Direito Constitucional: Instituições de Direito Público’ (1984).

Tradução outra das obras de Romano é a realizada tão somente em 2008. Muito embora trate-se, senão da principal, da que com o *Lo Stato moderno e la sua crisi* compartilha dessa distinção, a tradução do *L’ordinamento giuridico* é realizada a partir daquela que foi a segunda edição publicada em 1945. Arno Dal Ri Júnior, ao traduzir a obra

primordial de Romano³⁸¹, recebera nota introdutória daquele a quem, certamente, atribui-se a profusão, com maestria, dos ensinamentos românicos a partir da escola *fiorentina*, Paolo Grossi. Recebe ainda uma nota biográfica esboçada por Alberto Romano, catedrático de Direito Constitucional e neto de Santi Romano.

Ponto derradeiro a ser levantado, de acordo com as buscas realizadas no desenvolver do presente trabalho, não exaustivo, reitere-se, é a utilização deliberada do pensamento de Miguel Reale enquanto marco temporal; efetivamente, já em 1940 utiliza, de forma apropriada e situada, sobretudo, o institucionalismo jurídico. Publica, então, nesse mesmo ano, duas obras cujas análises serão realizadas: (I) Fundamentos do Direito e (II) Teoria do Direito e do Estado.

Ponto secundário cujo esclarecer permite-se é que, a partir da década de 80, após a tradução e a sua ‘inserção pátria’ realizada por Maria Helena Diniz, localizou-se também a utilização do pensamento de Romano em José Alfredo de Oliveira Baracho e, não sem alguma consistência, também nas obras de Paulo Bonavides.

O presente capítulo, portanto, tomará como premissas os pontos acima assimilados e, verificada a análise principal exposta, buscará também o tracejado do pensamento constitucional brasileiro em alguns juristas do séc. XX.

3.1 O PERÍODO PRÉ-REALE.

Não que se pretenda reduzir todo o período cronológico anterior à 1940 no presente tópico. Tampouco se pretende reduzir todo o pensamento constitucional brasileiro aos juristas que ora são utilizados. Entretanto, certamente, enquanto juristas que o são e, sobretudo, teóricos do direito público e do Estado, apontam, senão demonstram, os elementos característicos do tempo no qual escrevem. Servem, assim, além do traçar histórico das diversas compreensões do Estado mesmo, para apontar os (alguns dos) elementos que permeiam a compreensão teórica que ora se pretende.

Quando da publicação, por Romano, em 1897 daquela que é a sua obra monográfica *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, é apresentado

³⁸¹ Vide ROMANO, 2008.

no Brasil a também monográfica obra de Rodrigo Octávio³⁸² (1866-1944), intitulada ‘Do domínio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal’ (1897)³⁸³. Obra essa que, premiada à época pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, reflete, em boa parte, aquela que virá a ser a ulterior e mais robusta obra do autor.

Não obstante apresente Rodrigo Octávio um trato prolongado em seu ‘Elementos de Direito Publico e Constitucional Brasileiro’³⁸⁴ (1913) naquilo que pertine ao Estado e aos seus desdobramentos, mantém praticamente idênticos³⁸⁵ os conceitos centrais em ambas as obras. Apresenta, assim, o Estado como resultante da “relação permanente de

³⁸² Rodrigo Octavio de Langgaard Meneses (1866-1944). Dentre as principais obras jurídicas destacam-se *Do dominio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal* (1897), *Elementos de Direito Publico e Constitucional Brasileiro* (1913); *Le droit international privé dans la législation brésilienne* (1915). Nascido em Campinas, graduou-se pela Universidade de São Paulo (1886). Lecionou na Universidade do Brasil (UFRJ) a partir de 1896. Com forte atuação política, foi consultor-geral da República (1911-1929) com atuação fundante na Academia Brasileira de Letras. É nomeado, em 1929, Ministro do Supremo Tribunal Federal.

³⁸³ Vide OCTÁVIO, Rodrigo. **Do dominio da União e dos Estados: segundo a Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1897.

³⁸⁴ Vide OCTÁVIO; VIANNA, 1919.

³⁸⁵ Esclareça-se, porém, que na referida obra, Rodrigo Octávio deleita-se de forma um pouco mais extensiva sobre conceitos outros, a exemplo da soberania que não é especificada na obra de 1897. Ainda assim, os conceitos são mantidos senão em sua totalidade, com meras supressões ou inclusões eventuais de palavras – que não alteram, por assim dizer, o cerne conceitual. Acerca do Estado, afirma em sua obra primeira que: “Da relação permanente de varios elementos naturaes e sociaes nasce o *Estado*, na moderna concepção do direito publico. Desses elementos são primordiais – a *população*, o *territorio* e a *independente systematisação da autoridade* para aplicação do direito, para a consecução do fim social.” Cf. OCTAVIO, 1897, p. 3; o teor é, pode-se afirmar, mantido nas obras seguintes, senão: “O *Estado*, na moderna concepção do direito publico nasce da reunião permanente de varios elementos naturaes e sociaes. Desses elementos os primordiaes são a *população*, o *territorio* e a *independente systematisação da autoridade*, elementos em torno dos quaes outros se reúnem que caracterisam a estabilidade da entidade juridica.” vide OCTAVIO; VIANNA, *op. cit.*, p. 19; e, por fim, nesse mesmo sentido, em relação à obra idêntica publicada em 1935 em sua 5ª ed., reitera que: “O *Estado*, na moderna concepção do direito publico nasce da reunião permanente de varios elementos naturaes e sociaes. Desses elementos os primordiaes são a *população*, o *territorio* e a *independente systematisação da autoridade*, em torno dos quaes outros se reúnem que caracterisam a estabilidade da entidade juridica.” Cf. OCTAVIO, 1935, p. 21.

varios elementos naturaes e sociaes”, dos quais, consoante assevera, seriam os primordiais “a população, o território e a independente systematisação da autoridade para applicação do direito, para a consecução do fim social”³⁸⁶.

Apesar de apontar elementos como o nomadismo, a variedade de climas e “das condições physicas do sólo”³⁸⁷, aporta, aos agrupamentos humanos que não caracterizadores do Estado, a condição de “agregiações”.

É, efetivamente, a partir da fixação ao solo que, consoante o jurista, pode-se, de forma embrionária, desenvolver-se e regularizar-se a “autoridade, residente no chefe”³⁸⁸. Nesse traçado teórico, a ausência desses elementos afetaria, também, a caracterização do Estado, afinal:

Do mesmo modo que da cumulação dos elementos surge o estado, tambem se vê a falta de um elemento impedir a sua formação politica. Assim, as nações indigenas da America e da Africa, –tribus de innumeraveis individuos, que por deficiencia organica e exigua cultura intellectual não conseguiram uma regular organização social e cujos territorios foram pouco a pouco cahindo sob o dominio de outros estados poderosos que os vão occupando e conquistando em nome da civilisação.³⁸⁹

Utiliza-se, então, de doutrina francesa para, em similaridade, apresentar o conceito de Estado:

De accordo com os principios que vimos assentando, podemos dar a definição de Estado como a resume o expositor George Bry, de accordo com a lição dos mais notaveis publicistas – *uma sociedade de homens independentes, estabelecidos de uma maneira permanente em um territorio fixo e determinado, com um governo autonomo, encarregado de a dirigir a um fim commum*. Ahí se acham compendiados todos os elementos essenciaes de cuja relação se forma o Estado,

³⁸⁶ *Id.*, 1897, p. 3.

³⁸⁷ *Id.*, *loc. cit.*

³⁸⁸ *Id.*, *loc. cit.*

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 4.

instituição politica, pessoa juridica que, na evolução do direito publico e da organização social, vae passando por transformações sem numero, e se afeiçoando constantemente ás modalidades locaes, mas, por certo, bem longe ainda de ter attingido a sua fórmula definitiva, cujo lemma é difficil hoje prever em vista da impetuosidade com que se vae desenvolvendo a corrente dos ideaes socialistas.³⁹⁰

De forma mais distante – não obstante a proximidade das ‘conclusões’ –, sobretudo da doutrina francesa, à qual, inclusive, aponta “a causa dos excessos do Terror, verdadeiro eclipse da humanidade, que ofereceu ao mundo o mais sombrio e o mais incomprehensível dos espetáculos: a democracia matando em nome da liberdade”³⁹¹, Silva Marques não apenas apresenta elementos críticos a conceitos forjados pelos franceses, como apresenta também uma aproximação considerável da escola histórica.

Muito embora o faça explicitamente³⁹², expõe elementos outros que assinalam a efetiva aproximação da doutrina alemã. Evidencia, nesse

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 5.

³⁹¹ MARQUES, 1911, p. 18. Elucidativa a adjetivação atribuída aos franceses, o que reforça, certamente, a aproximação com doutrinas outras cuja crítica se vê presente de forma extensa no pensamento de Marques. Esclareça-se: “Os utopistas francezes do seculo XVIII foram em grande parte a causa dos excessos do Terror, verdadeiro eclipse da humanidade, que offereceu ao mundo o mais sombrio e o mais incomprehensível dos espetáculos: a democracia matando em nome da liberdade, exatamente como a tyrannia religiosa pouco antes já havia feito em nome de Deus”.

³⁹² *Id.*, *loc. cit.* Nesse sentido: “Felizmente na Allemanha a reacção não se fez esperar; Hugo e Savigny protestaram em nome da historia contra essas theorias do direito natural.”; pelo que exemplifica ainda, ao apor as ‘theorias do direito natural’, a nota explicativa na qual registra: “A escola historica tem como representantes principaes, na Inglaterra, Burke (Edmundo), e na Allemanha grande numero de publicistas notaveis entre os quaes Hugo, Savigny, Humboldt e Pouchta. Entre todos, quem mais se distinguio na reacção contra as theorias do direito natural, foi incontestavelmente Savigny. Convem notar porem, que a ideia não é nova, já muito antes da Revolução, Vico havia exposto na sua *Philosophia da Historia* a theoria da evolução desenvolvendo-se segundo os diferentes espiritos da nacionalidade. [...] Não se póde explicar o direito por meio de considerações individuaes, mas tomando por base os diversos organismos sociaes ou Estados em determinado momento histórico. O Estado não é simplesmente uma agregação de indivíduos, mas um verdadeiro organismo, de que o direito é um dos elementos orgânicos. Savigny é um grande adversario da codificação.

sentido, elementos que devem corresponder, na conformação do Estado, explicitamente ao ‘espírito de um povo’, pois “E’ preciso não considerar o homem somente em abstrato, com a sua individualidade propria, mas tambem com o seu caracter especial de nacionalidade. Assim, para os inglezes façam-se leis inglezas, para os brasileiros leis brasileiras”³⁹³.

Há, de fato, um maior apreço no pensamento do autor acerca da delimitação do direito constitucional; conquanto a projeção moral atribuída ao Estado, restaria esse vinculado ao direito como elemento não apenas de garantia do indivíduo, mas em estreita correlação com o coletivo³⁹⁴. Ao direito constitucional, portanto, caberia:

Fixar as condições essenciaes dessa transacção entre o individuo e o Estado, precisar para as diversas manifestações da liberdade humana o seu ponto de intersecção com o direito da sociedade, [pois] é estabelecer as bases da organização social.³⁹⁵

Dos elementos constitutivos da sociedade³⁹⁶, então, restaria vinculado o direito público a determinar aqueles que seriam considerados

Para ele o costume é o verdadeiro typo do direito. Os legisladores não podem crear arbitrariamente regras jurídicas, são interpretes do sentimento nacional.” Efetivamente, Marques apresentará elementos específicos que correspondam a determinado grupo com suas peculiaridades evidentes e, mais, apresenta também o Estado enquanto ente moral.

³⁹³ *Ibid.*, p. 19.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 27. Esclarecedora, nesse sentido: “Si a pessoa moral, o Estado, exaggerando seus direitos, exercendo um poder illimitado, absorve as actividades individuaes e tende a transformar os individuos em simples instrumentos, quaesquer que sejam o nome e as fôrmas exteriores d’uma tal associação, ha tyrannia. O abuso dos principios de ordem e de unidade immobilisa, petrifica a sociedade. O homem individual desaparece então diante d’uma abstracção. Si, ao contrario, a independencia pessoal prevalece sobre os direitos do Estado e o colloca por sua resistencia na impossibilidade de proteger o direito e de applicar ás relações humanas as medidas de utilidade geral compativeis com as leis da justiça, ha anarchia”.

³⁹⁵ *Id.*, *loc. cit.* À título de esclarecimentos, prossegue o autor: “[...] é estabelecer as bases da organização social, determinar os direitos publicos dos membros do Estado, fundar o direito constitucional do paiz”.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 26. Afirma, nesse sentido: “[...] vê-se que a sociedade politica, como bem se exprime Rossi, é o resultado de dous elementos constitutivos, a *agregação* e a *ordem*. A *agregação*, elemento material, é a reunião d’um

os elementos constitutivos do Estado. Para Silva Marques, consequentemente, “O Estado, segundo a sciencia moderna, é uma reunião de individuos sobre um territorio determinado, constituídos em pessoa moral e politicamente organizados”³⁹⁷.

Muito embora se perceba o predomínio da juspublicística alemã, já em 1922³⁹⁸, Luiz Sebastião Guedes Alcoforado aponta, de forma correlacionada, inclusive, não apenas o pensamento de Jellinek, mas também o pensamento da escola francesa, seja Hauriou ou Duguit, entre outros³⁹⁹. Não obstante seja o enfoque da obra direcionada precipuamente ao trato do direito internacional e à sociedade de Estados, é bem verdade que os elementos presentes na então moderna concepção do Estado apresentam-se já palpáveis.

Atribui, este último, primazia ao direito internacional, segundo o qual:

[...] se impõe com a actividade economica moderna [...] à consciencia das nações, e traz aos povos e governos, aos Estados, a comprehensão da necessidade d’uma organização na paz, como na guerra, garanta aos povos o reino da justiça e do direito.⁴⁰⁰

numero mais ou menos grande de familias em um dado logar e para um fim comum ; a ordem, elemento moral, é o principio que vivifica e legitima esse pacto, a lei que rege a associação”.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 29.

³⁹⁸ ALCOFORADO, Luiz Sebastião Guedes. **Direito Internacional Publico:** (a sociedade dos Estados) : Direito Publico e Constitucional: (o Estado federal). Recife: Imprensa industrial, 1922.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 69. Esclarece, nesse sentido: “O facto de ser o regimen federal o adoptado em nosso paiz e o pronunciado evolvimento que atravessa no mundo inteiro, levou-nos a tenta-lo estudar na presente dissertação. [...] E’ de ver-se ainda o assoberbamento de theorias que, tocando a theoria geral do Estado, a tradicional theoria do Estado unitario, inda trazem mais difficuldade para o problema que nos propomos discutir. São as theorias da escola allemã com O. Mayer, Brie, Jellinek, Laband, Rosin, Zorn, Geber, dentre os que mais têm aprofundado o estudo. O tributo, o contingente prestado pela escola franceza com Merignhac, Esmein, Hauriou, Polier et de Marans, Duguit e Carré Malberg tambem é importante. E’, porém, a vultuosa obra ‘Etat Federal et Confederation d’Etats’ [Louis le Fur] a obra clássica por parte da escola franceza”.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 6.

Essa mesma aspiração à justiça decorreria, consoante assevera, das relações entre os Estados, afinal *Ubi societas, ibi jus*. Entretanto, por refletirem os Estados, no plano concreto, uma efetiva desigualdade cuja igualdade meramente formal não efetivaria, tenderiam os Estados à animosidade.

Assim, avocando elementos limitadores do direito presentes no pensamento de Jellinek, transpõe a limitação para o direito internacional, cuja observância e busca pela justiça restariam, dessa forma, inerentes. Muito embora tal inserção de Jellinek⁴⁰¹ limite-se a ponto específico, utiliza-se, Alcoforado, particularmente da doutrina francesa para conceituar o Estado.

E' o Estado a collectividade por excellencia. 'E' uma pessoa moral, a primeira e a mais necessaria de todas as creações de direito', doutrina Merignhac. São os Estados comunidades politicas em que se acha o mundo repartido. População, territorio, organização, produção, fonte de receita, força militar, mostram a desigualdade de facto entre elles. Tem cada um, porém, a mesma razão de ser, junto com semelhantes funcções no territorio—do que resulta a mesma obrigação de zelar os interesses collectivos que lhe dão nascimento : governando-os, gerindo-os no interior e protegendo-os no exterior. E' a igualdade de direito. Da desigualdade de facto decorre a mais das vezes a desigualdade de direito, dado o predominio da força. A organização do Estado ou da sociedade em Estado, é justificada como um fim para o reino da justiça entre os indivíduos. 'Tem o Estado a forma mais alta, mais desenvlvida da

⁴⁰¹ A menção a Jellinek apresenta-se enquanto utilização do direito para conformação limitadora da própria atuação Estatal, muito embora atribua, Alcoforado, ao direito internacional o reino da justiça para os povos. A importância, porém, é que, embora distante dos conceitos concretos de Jellinek, utiliza-se efetivamente daquela que seria a finalidade proposta pelo jurista alemão, é dizer, a finalidade de limitação do político pelo jurídico; ou seja, limitação do próprio Estado enquanto emanador do direito, ao qual restaria vinculado. Nesse sentido, afirma que “Jellinek definiu a soberania não, um completo poder-estadual, sem limitações, mas poder juridico, e por consequencia limitado pelo direito.” Cf. *Ibid.*, p. 19.

organização social, uma missão de justiça’, diz Depois.⁴⁰²

Trato aproximado, em parte, acerca da atuação do Estado é o apresentado por Agamenon Sérgio de Godoy Magalhães (1893-1952). Discorre o jurista, em seu ‘O Estado e a realidade contemporânea’⁴⁰³ (1933), sobre uma análise bastante concreta da realidade do Estado, e, embora distante de conceituações metafísicas, utiliza em larga fatura essencialmente a doutrina europeia, de forma a apresentar um Estado como:

Orgão de direção e comando das forças sociais, resultante da ação e intensidade dessas mesmas forças, o Estado é uma organização que se transforma e se adapta, ampliando ou restringindo as suas funções, de acordo com as solicitações das novas tendencias e dos novos fatores, que modificam e agitam incessantemente a vida coletiva. Se o Estado não tem uma filosofia que explique as suas causas, tem uma atitude, que é a ação, e uma razão, que é a experiencia dos fatos sociais. E por isso o Estado está sempre em movimento e luta, para realizar a grande finalidade social e humana – a ordem pelo direito e a paz pela justiça.⁴⁰⁴

O autor trata, portanto, de apresentar o Estado como em movimento, por partir exatamente da realidade concreta e, nessa perspectiva – corolário das tendências corporativas –, visualizar nessas corporações o perigo também de ruptura do Estado; é dizer, parte o jurista da compreensão oposta à crítica totalizante exposta por Romano ao justificar a expansão do Estado e a absorção da realidade menor exatamente como condição de ‘sobrevivência’ deste.

Principia assim, Agamenon Magalhães, da constatação daquilo que se lhe apresenta e, nessa direção teórica, apreende⁴⁰⁵ alguns

⁴⁰² *Ibid.*, p. 14.

⁴⁰³ MAGALHÃES, Agamenon. **O Estado e a realidade contemporanea**. Recife: Oficinas Graphics do “Diario da Manhã”, 1933.

⁴⁰⁴ MAGALHÃES, 1933, p. 8-9.

⁴⁰⁵ Afirma-se nesse sentido a apreensão porque o jurista não parte da compreensão teórica exposta e.g. por Duguit, mas ato contrário, utiliza elementos teóricos que conformam aquela que se lhe apresenta como dilema inerente. Tanto verdadeiro

elementos que fundamentam sobretudo a propalada ‘crise contemporânea’.

O dilema que permeia o então Estado contemporâneo é, para o jurista: “ou o Estado incorporava o sindicato nas suas funções, ou este agrupamento de auto-defeza social o destruiria”⁴⁰⁶. Disto decorre, consequentemente, que:

Ha descentralização de funções que se diferenciaram e especializaram, sob a pressão dos fatos. O Estado estende a ação [...] os sindicatos, portanto, não absorveram o Estado. Transformaram-se em órgãos ou instituições do próprio Estado, com funções específicas.⁴⁰⁷

O caminho inverso do qual parte o jurista, é dizer, apreender elementos teóricos que corroborem aquela que se apresenta enquanto realidade concreta, leva-o, no limite, a fim de justificar o Estado, assimilar teóricos cuja oposição é inerente. Uma vez assimilados, afinal, “a teoria da auto-limitação objetiva do poder do Estado de HAURIOU e a da autolimitação subjetiva de JELLINEK se adaptam á realidade política da hora presente”⁴⁰⁸, apresenta, conclusivamente, a sua compreensão própria do Estado:

É o fenomeno da solidariedade social que dominará todas as construções políticas. Da luta do poder do Estado com os grupos formados na defeza dos interesses particularistas, com as classes que se diferenciaram no regimen do capital, originando desigualdades e antagonismos, com as tendencias

que incorre o jurista também, vez por outra, em uma assimilação forçada de teorias antagônicas. Entretanto, esclareça-se a apreensão utilizada por Magalhães: “DUGUIT também se refere ao desenvolvimento dos agrupamentos profissionais, definindo-os como uma ‘tendencia das diferentes classes sociais por se organizarem, com estrutura juridica definida para defeza de seus interesses’” Cf. *Ibid.*, p. 29; e prossegue o insigne jurista: “O professor DUGUIT, estudando as tendências, ás vezes revolucionarias e antissociais da sindicalização, afirma que, apesar disso, continúa a pensar ser esse movimento fator de organização politica e que ‘os sindicatos já constituem e constituirão num futuro próximo o elemento principal do poder publico’” cf. *Ibid.*, p. 53.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 60.

⁴⁰⁷ *Id.*, loc. cit..

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 105.

opostas – nacionalismo e internacionalismo, surgirá um Estado novo, conciliando, pelo direito alicerçado na solidariedade, todas as forças em dissídio, e assegurando a unidade dos fins sociais – a justiça e a paz universal. Eis a nossa conclusão.⁴⁰⁹

Parêntese cronológico que impende registrar é, quando da publicação de sua 5ª edição dos Elementos de Direito Publico e Constitucional Brasileiro (1935), a abordagem destinada ao conceito de soberania por Rodrigo Octavio.

Muito embora não apresente quaisquer contatos com as teorias de Duguit, Hauriou e mesmo Santi Romano, o jurista vincula, de certa forma, a Revolução Francesa⁴¹⁰ à projeção ‘equivocada’ da soberania no povo. Não obstante compreenda referida projeção como corolário inverso ao então absolutismo de Luiz XIV⁴¹¹, o que seria de todo salutar, não deixa o jurista de apresentar, ainda assim, o erro congênito da soberania então forjada ‘aquém’ do Estado.

Posteriormente, porém, o trabalho dos publicistas veio evidenciar o erro de taes conceitos. De facto: o príncipe e o povo podem existir sem Estado, mas sem Estado, isto é, sem a relação permanente dos elementos que o constituem, não existe soberania. De onde se conclue que esta é necessariamente funcção do Estado, que em si encerra, além do território (*o paiz*), o príncipe (*o governo*) e o povo (*a nação*), e não poderá ser simplesmente funcção do príncipe ou do povo, cuja existencia isolada, e sem relação entre si e com outros elementos, politicamente nada significam⁴¹².

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 177-178.

⁴¹⁰ OCTAVIO, 1935, p. 42. Nesse sentido, esclareça-se: “Logo depois da grande revolução que subverteu desde os alicerces todo o edificio da organização politica do Estado, proclamou-se o principio opposto de que a soberania residia no povo.”

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 41. *Vide*: “A principio, nos tempos do governo absoluto, entendia-se que a autoridade do chefe do Estado era emanação directa de Deus, e de accordo com os principios chamados do *direito divino*, era o Principe o depositario de todos os attributos da soberania por elle exercida discrecionariamente – *quidquid principi placuit, legis habet vigorem*. Essa doutrina chegou ás mais apuradas consequencias com Luiz XIV, em cujo tempo, a pessoa do Estado se confundia com a pessoa do rei. A formula era – *L'E'tat c'est moi*”.

⁴¹² *Ibid.*, p. 42.

Entretanto, apesar de correlacionar aquele que seria o equívoco teórico da projeção da soberania no povo, distancia-se sobremaneira daquelas que, em similitude crítica, foram as conclusões expostas pelos juristas tanto da juspublicística alemã como da escola francesa, e, consequentemente, das críticas expostas por Santi Romano.

Distancia-se ainda mais ao esmiuçar a soberania e destrinchá-la em “órgãos da soberania”⁴¹³, mesmo que reste, para o jurista, caracterizada como “*una e indivisível, inalienável e imprescriptível*”⁴¹⁴; além do mais, torna a associar os conceitos ao afirmar que “a teoria que melhor explica a representação da soberania é a *teoria liberal*, que pressupõe a soberania nacional – que não é a soberania do povo – e sim a vontade da nação politicamente organizada, isto é, a vontade do Estado”⁴¹⁵.

“A ‘Escola Francêsa’ oferece-nos um interesse histórico, não doutrinário, que perde gradualmente de valôr, á medida que a analisamos”⁴¹⁶. Esse desprezo de Pedro Calmon se por um lado evidencia já uma posição específica do jurista, por outro demonstra um elemento efetivo, embora não extensivo: apresenta o jurista, para além do acesso às obras de Hauriou e particularmente de Duguit, leituras próximas de Romano.

Os conceitos apresentados pelo autor são, por assim dizer, mais didáticos e, nessa linha teórica, pode-se dizer até mesmo simples. Entretanto, Calmon amplia um leque de críticas teóricas ao expor alguns dos principais pensamentos concernentes ao direito público; elemento esse que interessa sobremaneira expô-lo inicialmente.

Ao tratar, especificamente acerca da soberania de direito internacional, Calmon salienta elementos propostos por Laband, Duguit e Seydel. Embora ausentes as referências, elemento importante exposto pelo autor seria:

⁴¹³ *Ibid.*, p. 45.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 46.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 44.

⁴¹⁶ CALMON, Pedro. **Curso de Direito Publico**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p.20. Prossegue, o autor: “Proclamou a ‘personalidade’ da Nação e atribuiu-lhe a soberania, que, até a Revolução de 1789, era considerada atributo do Rei. Isto é, opôs-se ao poder tradicional (Rei ou Estado) o poder novo (Nação ou povo). E tirou desse conflito consequências harmônicas e fascinantes: nada acima da Nação (nem o Rei, nem o Estado); o povo é origem de todo poder; os deputados da Nação legislam soberanamente. Sobre a base hipotética (Nação-pessoa), se construiu a utopia (o Estado subalterno)”.

[...] incapacidade do direito público germânico, de interpretar á moda francêsa a ‘delegação’ de soberania (consideradas entidades distintas a *Nação* mandante e o *Estado* mandatário), habilitava-o a crear uma doutrina objetivista de Estado-forte, o ‘estatismo’.⁴¹⁷

Assimila, assim (utilizando-se de Duguit), a teorização do Estado-forte ao afirmar que “Ela toda se contem nesta fórmula de SEYDEL: ‘É então verdade indefectível que não há direito sem o ‘Herrscher’ (o govêrno detentôr do poder), acima do ‘Herrscher’, ou ao lado do ‘Herrscher’; ha sómente um direito *para* o ‘Herrscher’”⁴¹⁸.

Essa é uma crítica sobre a qual se debruça Romano, muito embora apresente-a de forma distinta: como não projeção no Estado, mas no soberano que se utiliza do Estado enquanto objeto de dominação. Romano, a bem da verdade⁴¹⁹, quando da apresentação dessa crítica, pontua aquele que entende o equívoco de Seydel, pois o sujeito dos direitos ‘estatais’ seria outro que não o próprio Estado.

O que, porém, infere-se desta aproximação teórica é o contato com fontes específicas sobre as quais se debruçara Romano – com enfoque específico sobre a personalidade do Estado, não obstante tenha dela se aproximado também Duguit. É, entretanto, deste último a quem se aproxima o aparente domínio de Calmon. A aparente ojeriza demonstrada por este em relação à escola de Bordeaux decorre, aparentemente, das antagônicas compreensões do ‘papel do direito’ e, de forma secundária, da aparente orientação liberal nutrida por Calmon.

Ao aportar a compreensão do Estado em Duguit, ressalta os elementos ‘coletivos’ para então afirmar que “seria recair numa enfadonha metafísica, fóra do mundo. Apenas a vontade dos governantes não se entende ou entrôsa com a dos governados. Não existe entre estes e aqueles solidariedade ou interdependencia.”⁴²⁰. Essa é, inclusive, a condução teórica aportada por Calmon ao concluir que “Na sua sistemática, DUGUIT néga a própria consciência de classe como uma

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 167.

⁴¹⁸ *Id.*, *loc. cit.* Pontue-se, por necessário, que da menção do *Herrscher* de Seydel, apõe menção Calmon à obra de Duguit (*Les transformations du Droit Public*).

⁴¹⁹ Registre-se, por necessário, que a compreensão de Romano acerca do entendimento específico de Seydel fora exposta na primeira parte do presente trabalho, *vide* tópico 1.1.3.

⁴²⁰ CALMON, *op. cit.*, p. 172.

vontade coletiva, que obriga e conduz a dos indivíduos que lha integram”⁴²¹.

Calmon utiliza-se⁴²², ainda, do jurista italiano Silvio Trentin para corroborar a abstração do pensamento presente em Duguit; não obstante trate Silvio Trentin de críticas endereçadas diretamente ao pensamento de Romano também, Calmon quanto a este silencia.

Influência outra infere-se do trato destinado, prolongada crítica, ao fascismo italiano⁴²³. Pontua que “com o fascismo, em 1922, começa a era do Estado Novo”⁴²⁴ que restaria caracterizado por: “a) concentração de autoridade, num chefe supremo; b) partido unico; c) corporativismo; d) nacionalismo (ou racismo) como objetivo moral do Estado”⁴²⁵.

A preocupação efetiva de Calmon em rechaçar tudo quanto não se mostre aos seus olhos ‘equilibrado’ reflete, em parte, a compreensão por ele exposta acerca do próprio Estado e, nesse sentido, do Direito Público. Preocupação essa que, no extremo da paixão, faz com que o jurista não apenas assimile doutrinas diametralmente opostas, mas, forçosamente, ao reuni-las, acabe por imprimir à sua própria compreensão de Estado tudo quanto pensa refutar.

No extremo da assimilação, afirma que:

Por isso acertou Duguit: Estado é força a serviço do Direito. Ou Estado de Direito (*Reichstaat*, dos alemães), com direito próprio de dominação (Paul Laband), dotado de vontade soberana (Jellineck), bastando-se a si mesmo (Gidel), ativo, evolutivo, vivo, ‘síntese das exigências que condicionam toda coletividade histórica’; ou apenas – resumiu magistralmente Queiroz Lima – ‘síntese de equilíbrios’.⁴²⁶

⁴²¹ *Id.*, loc. cit.

⁴²² *Ibid.*, p. 171-172. Calmon utiliza-se da afirmação “Falar de vontade coletiva, de grupos, regiões, comunas, corporações, nações, é empregar termos abstratos.” Presente na obra publicada em francês, em 1935 intitulada *De la Crise du Droit e de l'État*.

⁴²³ Calmon aborda o fascismo italiano após a exposição dos ‘ditadores’, seguida pela Alemanha ‘nazismo’, Turquia ‘Kelmalismo’, Polónia ‘Pilsudkismo’ e, finalmente, Portugal ‘Salazarismo’, todos, consoante o autor, nesta categoria de Estado Novo. *Vide*, para tanto, *Ibid.*, p. 111 *et seq.*

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 112.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 112-113.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 28.

Essa é, portanto, a preocupação nevrálgica da obra de Calmon naquilo que pertine ao Estado: ‘síntese de equilíbrios’. Assim “O Estado é a nação politicamente organizada. *Nação* é a coletividade unificada por língua e raça. Para formar o Estado, necessita de território certo e governo próprio”⁴²⁷.

Certo da não conclusão teórica do conceito, aponta que “De resto, o ‘Estado, tal qual é, eis o direito público’”⁴²⁸, para, por fim caracterizar o direito público:

Chamamos Direito Público ao sistema de normas jurídicas que equilibra a força, e de interesses morais e materiais que a subordinam no Estado. Os romanos definiram com prudente larguêsa: público é o direito que se refere ao Estado romano (‘Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat’), em contraste com o direito privado, relativo ‘aos interesses dos particulares’ (‘quod ad singulorum utilitatem’, disse Ulpianus). Não há definição mais aceitável. De fato, todo Direito é público, no sentido de sua origem – regra de conduta emanada da autoridade social – e de sua validade – importando a sanção do poder estatal. A diferença está no seu alcance.⁴²⁹

3.2 “MÔNADAS SEM JANELAS”⁴³⁰: o Institucionalismo de Santi Romano no pensamento de Miguel Reale

“Pois, somos de opinião que a ‘relação fato-norma’ constitui o ponto de partida do estudo da obrigatoriedade jurídica ‘in concreto’”⁴³¹

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 15.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 30

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 11.

⁴³⁰ *Vide* REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Livraria Martins, 1940b, p. 270. Explica-se a utilização do termo por aquela que, nas palavras do próprio Reale, identificaria o institucionalismo de Romano: “As instituições são, até certo ponto, como que mônadas sem janelas, cada qual valendo por si mesma em virtude de sua própria organização”.

⁴³¹ Este é, portanto, o critério escolhido por Miguel Reale quando do prefácio à 1ª edição de sua obra, datada de março de 1940, *vide* REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**: contribuição ao estudo da formação, da natureza e da

É, portanto, sob essa perspectiva que Miguel Reale⁴³² cinzela os esboços que definirão aquela que virá a ser, ulteriormente, a teoria à qual lhe será reconhecido o mérito: teoria tridimensional do direito.

validade da ordem jurídica positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940, p. XII.

⁴³² Descendente de italianos, cursou humanidades no tradicional Colégio Dante Alighieri, em São Paulo, local no qual ingressou também na tradicional Universidade de São Paulo, Largo de São Francisco. Graduado aos 24 anos (1934) publica já um livro intitulado ‘Estado moderno’, *vide* REALE, Miguel. **Obras políticas (1. fase-1931/1937)**. Brasília, DF: Ed. da UnB, 1983. 3 v. Carreira acadêmica brilhosa, ingressa enquanto catedrático de Filosofia do Direito, já em 1941. Vem, ainda na USP, a ser eleito reitor por duas vezes. Publica uma infinidade de obras jurídicas, dentre as quais destacam-se: Fundamentos do Direito (1940), Filosofia do Direito (1953), O Estado moderno (1934), Pluralismo e liberdade (1963), Teoria do Direito e do Estado (1940), Nos quadrantes do Direito Positivo (1960), além de várias obras literárias e tantas outras traduções. É, efetivamente, Teoria Tridimensional do Direito (1968) que consolida aquela que vem a se tornar a perfectibilização teórica atribuída à Reale. Com profunda atuação política, já em 1932 filia-se à Ação Integralista Brasileira. Nesse sentido, esclarece FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 2015, p. 301 *et seq.* que “No Brasil, surgiram algumas pequenas organizações fascistas na década de 1920. Um movimento expressivo nasceu nos anos de 1930, quando em outubro de 1932, logo após a Revolução Constitucionalista, Plínio Salgado e outros intelectuais fundaram em São Paulo a Ação Integralista Brasileira (AIB).” Neste mesmo movimento, Reale colaborou fortemente com a revista Panorama. Explicitando a atuação específica de Reale na AIB, com profunda e complexa correlação, afirma BERTONHA, João Fábio. O pensamento corporativo em Miguel Reale: leituras do fascismo italiano no integralismo brasileiro. **Rev. Bras. Hist.**, São Paulo, v. 33, n. 66, p. 269-286, Dec. 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882013000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 fev. 2017, nestes termos: “Essa origem italiana não significava, é claro, algum tipo de vinculação automática ao regime então dominante na Itália. Mas a sua socialização no Dante Alighieri, sua fluência na língua italiana e o contato com a cultura daquele país com certeza influenciaram a sua visão de mundo e permitiram a ele acesso a informações e debates relacionados ao fascismo italiano a que outros líderes integralistas teriam tido mais dificuldade. [...] Essas três condições – nacionalista brasileiro com origem na Itália, conservador e jurista – foram fundamentais para a formatação do seu pensamento, especialmente no período da Ação Integralista, à qual ele se filiou já em 1932. Nos 6 anos seguintes, seria uma das principais lideranças, tendo publicado inúmeros livros sobre a doutrina e a prática política do movimento, dirigido revistas e jornais como *Panorama* e *Ação* e exercendo cargos relevantes, como Secretário Nacional da Doutrina. Depois do período

Conquanto já na primeira⁴³³ edição de seu *Fundamentos do Direito* (1940)⁴³⁴ apresente os elementos caracterizadores da teoria

integralista, exerceu vários cargos públicos e privados, incluindo a Reitoria da Universidade de São Paulo (USP), e foi importante participante do movimento que levou ao golpe de 1964. Também foi um dos mais ativos participantes do processo de institucionalização jurídica do regime militar.” Projetou-se, certamente, como um dos maiores juristas pátrios na segunda metade do século. Fora condecorado por várias vezes na condição de Doutor *honoris causa*. Muito embora não seja a pretensão do presente trabalho prolongar-se, sobretudo quanto ao mérito da atuação política de Reale, assaz interessante a correlação realizada por Bertonha acerca das leituras realizadas por Reale. Certo de que, efetivamente, o impressionante domínio do jurista acerca das mais diversas teorias, para além do Brasil, não se limitariam à esta justificante, mas o colocaria, por sua vez, em contato com juristas europeus cujo diálogo era, conforme exposto no presente trabalho, constante e, de todo impressionante. Afirma, assim que “Não espanta, assim, por que a Reale era atribuído, pelo governo italiano, dada a sua origem e admiração pelo Duce e pelo fascismo na sua versão italiana, um papel-chave para a penetração e o desenvolvimento da influência fascista no integralismo. Reale, aliás, após o golpe integralista de 1938 se refugiou justamente na Itália, onde foi muito bem recebido, e, segundo uma sua carta a amigos em São Paulo, ao final daquele ano, lamentou que Mussolini não tivesse aprovado o seu pedido de ajuda para reverter a derrota do movimento. Um fato que indica como seus laços com o fascismo italiano eram e continuaram consistentes até o fim.” Cf. BERTONHA, *op. cit.*

⁴³³ Esclareça-se que, muito embora o apreço por aquelas que são as primeiras edições das obras ora abordadas, utilizou-se também algumas de suas edições posteriores, revistas, as quais, no geral, mantiveram o cerne da abordagem. Há, porém, consoante assevera o próprio autor, no que toca ao presente trabalho, a inserção de notas comparativas, considerando a ulterior publicação da 2ª edição, em 1945, do *L'ordinamento giuridico* – momento, portanto, posterior ao da publicação de suas obras primeiras. Assim, para além de pequeníssimas variações, particularmente quanto ao uso do idioma original, que foi abandonado para uma tradução ‘livre’, e algumas ‘adjetivações’ modificadas para algumas teorias ou teóricos, foram, eventualmente, ao final dos ‘tópicos’ incluídas algumas considerações – naquilo que corroboraria o já exposto, após o contato efetivo com as obras *e.g.* de Romano. *Vide*, nesse sentido: REALE, 1940b; REALE, Miguel. **Fundamentos do direito:** contribuição ao estudo da formação, da natureza e da validade da ordem jurídica positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940a; REALE, Miguel. **Fundamentos do direito.** 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1998; REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

⁴³⁴ *Vide* REALE, 1940a.

tridimensional – faltando-lhe tão somente o nome característico –, Reale sintetiza e matura a teoria tridimensional em seus escritos posteriores⁴³⁵.

Despido da pretensão de exaurir ou simplesmente reduzir – mesmo por impossibilidade teórica – aquela que virá a caracterizar ‘a teoria’ de Reale, impende registrar que a compreensão do jurista acaba por sintetizar e mesmo fazer convergir inúmeras concepções acerca do direito; o que se reflete também na estrutura própria da obra do jurista que se deleita, com propriedade assustadora, sobre uma infinidade de juristas outros ‘catalogados’ conforme uma divisão particular por Reale exposta.

Segundo essa mesma lógica, então, estrutura a divisão⁴³⁶ de sua obra destrinchando-os, os juristas, para, por fim, apresentar o seu

⁴³⁵ Neste sentido, pontua o próprio autor, ao justificar a reprodução *fac simile* na 3ª edição (1998) daquela 2ª edição publicada ainda em 1972 que “Se não empregava ainda as palavras adequadas, não é menos certo que, em ambos os livros supracitados [Fundamentos do Direito e Teoria do Direito e do Estado], o tridimensionalismo já se achava substancialmente estabelecido. Foi com base, aliás, tão-somente nessas duas obras que o eminente jusfilósofo Josef Kunz, um dos maiores intérpretes do normativismo kelseniano, qualificou de ‘fórmula Reale’ a minha afirmação de que ‘*a norma jurídica é uma integração de fatos segundo valores*’. O tridimensionalismo já estava tão claramente conceituado que em minhas aulas de 1945, conforme preleções taquigrafadas por meu caro e antigo aluno Murilo Antunes Alves, depois vereador na Capital de São Paulo, empregava normalmente os termos tridimensional ou tridimensionalidade.” Cf. REALE, 1998, p. viii.

⁴³⁶ Esclareça-se que, consoante a premissa anteriormente apontada, é dizer, da relação fato-norma, é que Reale estrutura a divisão interna de sua obra para, então, dividi-los, os juristas, conforme estas respectivas categorias; da seguinte forma: I – O Direito como pura criação racional, II – O Direito como puro fato histórico-social, III – O Direito como fato e como norma, IV – O Direito como norma pura; V – O Direito como fato cultural, VI – O Direito como fato institucional, VII – Direito, fato normativo e intuição, VIII – Fato, valor e norma. Muito embora o jurista demonstre proximidade com uma infinidade de teóricos, a exemplo de Del Vecchio, Vincenzo Miceli, Gerber, Ehrlich, Cesarini Sforza, Carnelutti, Roger Bonnard dentre vários outros, urge esclarecer que são abordados também (em correlação com o presente trabalho) Jellinek [cap. III]; Vittorio Emanuele Orlando [cap. IV], Duguit [cap.II] e, finalmente, Hauriou e Santi Romano [cap.VI]. *vide* 1940a; à título elucidativo, registre-se que em relação à edição posterior, Cf. REALE, 1998, a única alteração nos capítulos toca aos dois primeiros, que passam, então, a constar como: I – O Direito como pura categoria racional, II – O Direito como [puro] fato histórico ou social. No mais, permenece a mesma disposição.

pensamento específico naquele capítulo que vem a nomear como “fato, valor e norma”.

A teoria tridimensional⁴³⁷ do direito utilizaria assim, em sua análise mais simplória, uma conjugação dos elementos sociológicos, positivos e axiológicos cuja dinâmica constante e integradora manteria-os ‘atualizados’; é dizer: uma dinamicidade inerente ao direito. Seria uma constante entre fato, valor e norma, no sentido de que as normas seriam os fatos valorados conforme um determinado grupamento historicamente situado. O direito, portanto, refletiria a essência daquela realidade concreta.

Deve-se ter em mente, portanto, que a análise realizada por Reale é sobretudo filosófica (embora, reitere-se, o espantoso domínio teórico realizado pelo jurista); inclinada, como sugere o título da obra, para os fundamentos do direito. E isto, inclusive quando da exposição sobre o pensamento de Romano, é reiterado pelo próprio jurista, pois:

Os seus trabalhos interessam porém mais diretamente à teoria do Direito ou, para melhor dizer, à teoria do Direito e do Estado e, pelo seu caráter reconhecidamente positivista, nada nos diz absolutamente novo sobre a questão do fundamento do Direito.⁴³⁸

⁴³⁷ Muito embora não seja a referida teoria objeto de análise exclusiva das obras cuja abordagem ora se realiza, visto que, para além de constante no pensamento de Reale, há especificamente uma obra sobre a teoria tridimensional que a esmiúça, podem-se apresentar, porém, (alguns dos) os elementos já presentes nos Fundamentos do Direito: “Parece-nos, em suma, que uma compreensão mais exata da natureza e dos fundamentos do Direito resultou do fato de nos termos colocado em uma posição de *realismo crítico*, entre a unilateral preferência dos juristas sociólogos pelo *fato* e a unilateralidade dos juristas técnicos seduzidos pela *norma*. O Direito, em verdade, só pode ser compreendido como síntese de *ser* e de *dever ser*. É uma realidade bi-dimensional de substratum sociológico e de forma técnico-jurídica. Não é, pois, puro fato, nem pura norma, mas é o *fato social na forma que lhe dá uma norma racionalmente promulgada por uma autoridade competente segundo uma ordem de valores*. Cf. REALE, 1940a, p. 301-302. Tanto que, considerada a edição posterior, a única modificação realizada é a inserção da palavra ‘fenômeno’; onde se lia “O Direito, [como fenômeno], em verdade, só pode ser compreendido como síntese [...]” Cf. REALE, 1998, p. 302.

⁴³⁸ *Id.*, 1940a, p. 235.

Ademais, não obstante deleite-se por teorias outras as mais diversas, o enfoque dado por Reale – naquilo que tange ao presente trabalho – é singularmente direcionado ao institucionalismo de Hauriou, pois não conteria este a ‘falha’ constatada no pensamento de Romano, afinal “De qualquer forma, Hauriou colocou o problema da validade do Direito com novos dados, indicando que se deve procurar resolver a questão atendendo ao elemento ideal e ao elemento fato, e mais ainda, à integração dêste naquele”⁴³⁹.

Apesar do enfoque direcionado, porém, Miguel Reale não deixa relegado, pois aponta e, por vezes, esmiúça, aquilo que lhe toca, o pensamento de Romano:

Existe, como se vê, na doutrina do jurisconsulto italiano, apesar de serem estritamente *científico-positivos* os seus propósitos, uma série de exigências sentidas pelas mais recentes produções jurisprudências: o horror à abstração lógico-formal no campo do Direito; o desejo de concreção, de correlação essencial entre fato e valor; o sentido de *socialidade* da experiência jurídica, ou seja, a compreensão do Direito como experiência. Isto não obstante, tanto no institucionalismo de HAURIUO, como no de SANTI ROMANO, assim como em certas manifestações sociológico-jurídicas, como as de EHRLICH ou de ROSCOE POUND, a preocupação pelo *social*, pelos elementos de *organização* – em contraste com o normativismo puro dos kelsenianos – vez olvidar a *especificidade do normativo*, ou seja, da compreensão necessária do Direito como *norma*.⁴⁴⁰

De certa forma seriam, então, esses elementos que justificariam uma análise secundária atribuída a Romano. Isto não implica, por corolário necessário, que não tenha Reale efetivamente exposto o pensamento do jurista palermitano nem tampouco que lhe desconheça o

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 230.

⁴⁴⁰ *Id.*, 1998, p. 236-237. Pontue-se que o referido trecho não consta na 1ª edição.

mérito teórico⁴⁴¹. Mas tão somente que, aos seus olhos⁴⁴², a teorização de Hauriou teria um brilho⁴⁴³ não opaco, de forma a se ajustar sobremaneira àquilo que, no campo da filosofia, se lhe pretende.

Superado este parêntese, desvio outro deve ser realizado. Muito embora Reale apresente tópico específico para o pensamento de Romano, a abordagem crítica ao pensamento do jurista palermitano não se lho limita. Pelo contrário, o autor demonstra, de forma esparsa, a leitura e compreensão não apenas da obra de Romano, mas num aspecto mais amplo, do pensamento em si do jurista palermitano.

Apresenta, assim, dois pontos cuja correlação é importante. O primeiro encontra-se quando da abordagem dos teóricos racionalistas; ao tratar Reale da compreensão da ‘juridicidade das associações ilícitas’ a

⁴⁴¹ *Id.*, 1940a, p. 233. “Por outro lado, a doutrina da instituição adquire uma feição nova e original nas obras de Santi Romano, o mestre insigne do pluralismo jurídico na Itália”. Neste mesmo sentido, reitera que: “Profunda é ao contrário a modificação introduzida no institucionalismo por Santi Romano, um dos mais ilustres mestres do Direito na Itália” Cf. *Ibid.*, p. 235. Acerca desta última assertiva, esclarecedora também a modificação realizada por Reale na edição revisada: “Bem diversa é a natureza do institucionalismo de SANTI ROMANO [...]” Cf. *Id.*, 1998, p. 234.

⁴⁴² Elucidativo, nesse sentido: “HAURIU pertence àquela família de juristas que sabe que o pior inimigo do Direito é aquele que fecha os olhos para o problema do poder, é aquele que julga ter salvo a igualdade e a liberdade colocando o poder em um plano secundário de subserviência às regras espontaneamente brotadas dos atritos das relações humanas.” Cf., *Id.*, 1940a, p. 231. Para além da clara, ainda que implícita, menção ao pensamento de Duguit, infere-se sobretudo a precariedade no pensamento de Hauriou – e esta é também uma análise realizada por Romano ao constatar tal falha – acerca da ‘subserviência do poder’, na medida em que o elemento limitador seria essencialmente a ideia da obra fundante, como já analisado na segunda parte deste trabalho.

⁴⁴³ *Id.*, 1940b, p. 268. Nesse sentido: “Sem o brilho estilístico de Hauriou, mas com uma precisão técnica surpreendente, é a obra de Santi Romano, o jurista que soube dar ao pluralismo o máximo de precisão científica e os elementos formais que lhe faltavam.”; No mesmo sentido: O mestre do institucionalismo procura, então, estabelecer uma ligação entre a ideia de Bem objetivo – que é um aspecto mesmo de Deus – e a ideia da espécie humana.” Cf. *Id.*, 1940a, p. 216; Prossegue, ainda, Reale: “Méritos inegáveis da doutrina do mestre de Toulouse [...]” Cf. *Ibid.*, p. 230, para, por fim, registrar que: “Quaisquer que sejam as falhas da doutrina do mestre do institucionalismo, quaisquer que sejam as lacunas de sua obra, o que há de ficar como pressuposto ou condição de todo o estudo do Direito é a plena consciência que ele teve de que uma doutrina realista não impede, mas antes exige o estudo dos valores éticos supremos.” Cf. *Ibid.*, p. 232-233.

partir de uma compreensão de Del Vecchio, aponta ressalva remissiva⁴⁴⁴ de todo pertinente à Romano.

O segundo, é de todo precioso na medida em que aponta observação sobre a qual uma miríade de constitucionalistas brasileiros mostrou-se alheia. Se é bem verdade que sobretudo à juspublicística tedesca deve-se a conformação jurídica do Estado moderno e, neste ponto Jellinek é amplamente utilizado pela doutrina pátria, verdade também é que Jellinek e Santi Romano se lhes apontaram, de forma recíproca, uma infinidade de críticas teóricas. E exatamente essa ‘situação’ é não apenas vislumbrada por Reale, mas inclusive apontada⁴⁴⁵ quando da análise realizada por este acerca do pensamento de Jellinek.

Superados esses pontos iniciais, Reale passa então a expor, pelo que tece eventuais críticas direcionadas, o pensamento do jurista palermitano, cujo mérito seria o pluralismo jurídico⁴⁴⁶; não tanto o institucionalismo em si. A maestria deste aporta, segundo Reale, no pensamento de Hauriou.

Não obstante isso, são apresentados os pontos essenciais da compreensão ordenamental do direito exposta por Romano. Demonstra,

⁴⁴⁴ *Id.*, 1940a, p. 33. Esclareça-se, nesse sentido: “Não são estas vozes isoladas na matéria, pois, poderíamos lembrar aqui a argumentação favorável de outros filósofos e juristas eminentes, desde Benedetto Croce, geralmente apontado como o mais arrojado defensor da tese, até Santi Romano, Thon e Maggiore. É incontestável a legitimidade da lógica da conclusão a que chegam, mas o seu absurdo evidente basta para revelar que há êrro nas premissas e que o valor do jurídico não decorre apenas de caracteres formais”.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 93. Ao tratar da formação do Estado afirma que “Em qualquer hipótese, portanto, a formação do Estado é insuscetível de qualificação jurídica, tanto em sua gênese primeira como nos casos ‘secundários’ como os que se verificam na época moderna.” Ao que apõe, Reale, nota explicativa que demonstra não apenas o conhecimento, ainda que dele distante, do embate travado entre os juristas, mas como se lhes assimila também o pupilo de Romano, Paolo Biscaretti di Ruffia. Senão veja-se: “Não é demais lembrar aqui que esta teoria de JELLINEK teve uma repercussão imensa tanto dentro como fora da Alemanha, como pode se ver em [...]. JELLINEK considera o problema de um ponto de vista estrito, dizendo que a formação do novo Estado se processa independentemente de ordenamentos positivos, tanto, por ex., dos Estados que se federalizam, como do Direito Internacional. A tese de JELLINEK sofre hoje contestação, sobretudo depois da análise penetrante de SANTI ROMANO que declara que certas formações secundárias ou derivadas não são insuscetíveis de qualificação jurídica positiva”.

⁴⁴⁶ *Id.*, 1940b, p. 268. Nesse sentido: “Não seria exagero dizer que Santi Romano é, guardadas as diferenças de doutrina, o ‘teórico puro’ do pluralismo”.

Reale, nessa perspectiva, aqueles que seriam os elementos caracterizadores do ordenamento jurídico; a premissa do direito enquanto organização⁴⁴⁷, do fenômeno jurídico enquanto fenômeno institucional⁴⁴⁸ e, por conseguinte, a ‘fórmula simplificadora’ do pensamento romaniano, pois: “Como estas entidades ou corpos sociais não são nada mais nada menos do que instituições, temos esta conclusão: Direito == instituição == ordenamento jurídico”⁴⁴⁹.

Apesar da conclusão ‘esquemática’, mas que aponta exatamente a assimilação nevrálgica do *L’ordinamento giuridico*, Reale lança, anteriormente, alguns preliminares entendimentos de Romano que demonstrariam, *prima facie*, uma leitura não superficial do jurista palermitano.

Acerca do trato entre os múltiplos ordenamentos, pois constatado que “é a instituição que constitui, em última análise, o fundamento da eficácia e da garantia das normas jurídicas”⁴⁵⁰, do que apresenta também Reale a afirmação de que “Como são múltiplas as instituições, Santi Romano defende a tese da pluralidade dos ordenamentos jurídicos e sustenta que ‘o Estado não é senão uma espécie do gênero Direito’”⁴⁵¹.

Por fim, antes de se analisar o trato destinado à Romano quando da Teoria Geral do Direito e do Estado, ilustrativo o que aponta Reale ao concluir a abordagem, de todo filosófica:

Ora, a idéia mesma de *ordenamento* implica a de norma, que logicamente se condicionam e se exigem. Tudo está, pois, não em recusar ao Direito a sua *normatividade essencial*, mas em superar a concepção lógico-formal da norma jurídica, graças à sua compreensão dialética e axiológica, a única em condições de revelar-nos a integração dos *factos*

⁴⁴⁷ *Id.*, 1940a, p. p.235-236. Senão: “O Direito, em sua doutrina, é sinônimo de ‘ordenamento jurídico’: ‘ordenamento jurídico’ é toda entidade social dotada de organização estável e permanente, com uma estrutura e vida próprias representando uma unidade superior e distinta dos indivíduos e dos elementos que a compõem, como, por exemplo, o Estado, a Igreja, a Comuna, as associações privadas”.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 236. Esclareça-se: “Todo fenômeno jurídico é fenômeno institucional que pode ter os mais diferentes conteúdos, segundo os fins das diversas entidades”.

⁴⁴⁹ *Id.*, *loc. cit.*

⁴⁵⁰ *Id.*, *loc. cit.*

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 236-237.

particulares nas exigências ideais dos *valores*. A norma jurídica será, então, vista como uma integração dialética de ordem fático-axiológica, como expressão do contínuo renovar-se do espírito como intersubjetividade.⁴⁵²

3.2.1 Elementos de Teoria Geral do Estado

Muito embora tenha sido relegado o papel do jurista palermitano à Teoria do Estado por Reale, segundo o qual em nada apresentaria para o Fundamento do Direito, exterioriza, desta feita, uma posição ‘contrária’. Ao ocupar-se de especificar aquelas que seriam as preocupações delimitadoras atinentes ao jurídico⁴⁵³ e, nesse sentido, ora à Teoria do Estado ora ao direito público, Reale apõe que:

⁴⁵² *Id.*, 1998, p. 237. Esclareça-se tratar de inserção realizada tão somente não edição revisada.

⁴⁵³ *Vide Id.*, 1940b, p. 26. Nesse sentido: “O Direito, segundo alguns juristas extremados, só estudaria a *norma*, o ‘dever-ser’, [...] Nós pensamos, entretanto, que a Ciência Jurídica é *ciência do ‘ser’ enquanto ‘dever ser’*, é ciência que culmina em *juízos de valor* e se resolve em *imperativos*, mas depois da apreciação dos fatos sociais: não se passa diretamente do *fato* à *norma*, mas é da integração do *fato* em um *valor* que surge a *norma*. [...] Admitir uma concepção anti-normativista do Direito equivale a destruir a autonomia da Ciência Jurídica, e é esquecer que não há jurisprudência sem técnica [...] Reduzir, por outro lado, a Jurisprudência à Técnica, significa reduzir o Direito a um dos seus elementos, pois, se não se pode negar o caráter formalista do Direito, não é dito que no formalismo esteja todo o Direito. Não há dúvida que para o jurista, enquanto jurista, o Direito é *norma*, mas a norma não é algo que se possa conceber em si mesma e por si mesma, sem o seu conteúdo social, sem os valores que nela se concretizam e que por ela queremos ver realizados e garantidos.” Ainda nesse mesmo sentido, a crítica da redução do Estado a uma entidade puramente jurídica acrescida à edição revisada: “Postos os olhos na concepção tecnista e puramente formal da Jurisprudência – e por esta palavra indicamos aqui a Ciência do Direito – já houve quem se julgasse apto a afirmar que, após um período de confusão entre Teoria do Estado e Direito Público, a primeira lograra emancipar-se do ‘juridismo’, para ser, antes de mais nada, ‘Ciência Política’. Até certo ponto tal afirmação é procedente, pois, assim como o Estado não se reduz ao Direito, ou vice-versa, nada justifica se pretenda incluir a teoria do primeiro nos domínios do segundo. Para alguns, em verdade, o conceito de Estado não pode ser senão jurídico, como o afirmaram, por exemplo, Santi Romano e Georges Burdeau, e constitui a tese radical de Kelsen, mas do fato de ser necessário conceber-se

Íntimas são, sem dúvida, as relações entre a Filosofia do Direito e a Teoria do Estado, havendo mesmo uma esfera de pesquisa de ordem mais geral na qual difícil seria traçar uma rigorosa linha de limites entre uma e outra ciência. Explica-se, dess'arte, porque as mais importantes obras sôbre a Teoria do Estado comportam uma grande parte de Filosofia do Direito, e porque algumas das mais notáveis manifestações do pensamento filosófico-jurídico contemporâneo tiveram como ponto de partida ou como principal razão de ser os problemas relativos ao Estado (Kelsen, Santi Romano, Heller, Smend, Hauriou, Duguit, etc.) ; e outros criaram tôda uma filosofia jurídica própria sem transporem intencionalmente as linhas da Teoria do Estado (Jellinek, Villeneuve, Carré de Malberg, etc.) ou revelaram a verdadeira originalidade de seus sistemas, tratando do problema do Estado (Del Vecchio, Peticone, Panunzio).⁴⁵⁴

Tanto verdadeiro que, para além de abordar, sempre de forma correlacionada com demais juristas, Reale dedica novamente tópico específico ao pensamento de Romano. Se por um lado, quando do tópico específico, não apresente Reale elementos muito díspares daqueles anteriormente expostos em seu Fundamentos do Direito, por outro lado, na presente obra, Reale deleita-se em críticas teóricas mais profundas. Salienta, porém, de forma esparsa em sua obra, alguns elementos apreendidos efetivamente do pensamento de Romano.

Portanto, inicialmente serão expostas as críticas direcionadas ao pensamento de Romano para, então, superada a compreensão do autor sobre o jurista palermitano, apresentar os elementos teóricos por ele apropriados (cuja influência direta mostra-se perceptível).

O enfoque de Reale quando da análise do jurista palermitano é verificado nas “concepções pluralistas do Estado e do Direito”⁴⁵⁵. Não obstante reconheça Reale, em parte, a Hauriou e a Romano “uma verdadeira reelaboração do problema da positividade jurídica, da qual

juridicamente o Estado não decorre que o Estado se converta em entidade puramente jurídica.” Cf. *Id.*, 1984, p. 30.

⁴⁵⁴ *Id.*, 1940b, p. 109.

⁴⁵⁵ Vide REALE, 1940b, p. 239 *et seq.*; vide ainda, em sua edição revisada, REALE, 1984, p. 260 *et seq.*

resulta o abandono da normatividade pura, para se atender ao fenômeno jurídico concreto”⁴⁵⁶, restaria não superada, excetuando-os da previsão geral, pois congênita aos ‘juristas do pluralismo’, essa falha.

Os juristas do pluralismo, embora abram as portas a discussões forçadamente de Direito Natural, procuram – antes de mais nada – resolver os problemas sem transpôr os limites do Direito Positivo. Na realidade, não o conseguem, e, não raro, o que apresentam como *explicação jurídica* não passa de *explicação sociológica* ou de *explicação ética* com roupagens mais ou menos ajustadas às exigências autonômicas da Ciência do Direito. É por isto que as vantagens trazidas pelos mestres do pluralismo não nos devem fazer olvidar o muito que perdemos em precisão técnica; a vantagem de ordem ético-sociológica não se deu sem desvantagem técnico-formal. Se exceptuarmos os sistemas de Santi Romano e de Hauriou, não será exagêro dizer que as doutrinas pluralistas não apresentam rigôr terminológico, sendo comum vermos reaparecer, sob denominações novas, simples variantes de institutos negados inicialmente de maneira peremptória. Outras vêzes deixa-se a lacuna depois da crítica destruidora, e a análise prossegue, levando no bôjo um conjunto de princípios sub-entendidos. A teoria do Estado e a da Soberania foram as que mais sofreram os efeitos dessa imprecisão técnica [...]⁴⁵⁷

⁴⁵⁶ *Id.*, 1940b, p. 242. Esclarecedora, nesse sentido: “De qualquer forma, representa uma transição do pluralismo para a conciliação *pluralismo-monismo*, tal como hoje se opera através do princípio de integração jurídico-estatal, assim como representa um esforço notável no sentido de resolver o antítese entre subjetivismo e objetivismo. Esta segunda corrente de pluralistas, de que Hauriou e Santi Romano são máximos intérpretes, é acompanhada de uma verdadeira reelaboração do problema da positividade jurídica, da qual resulta o abandono da *normatividade pura* para se atender ao fenômeno jurídico concreto, tal como se desenvolve, de maneira palpitante, no seio das coletividades sempre em busca de um ideal de perfectibilidade ética”.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 243.

Conquanto não reste assimilado o direito ao Estado *per se*, na medida em que equivalente ao conceito de ordenamento⁴⁵⁸ e de instituição, Reale ressalta, desta feita, sobretudo os elementos que caracterizariam Romano enquanto positivista. Afirma, assim, que “O Direito, diz Santi Romano, *só é* enquanto se põe em uma instituição concreta, e por *instituição* se deve entender o próprio ordenamento jurídico”⁴⁵⁹ e, portanto “Positivista, não admite êle outro Direito além do Direito Positivo, mas, longe de confundir êste com o Estado, declara, da maneira mais peremptória, que ‘*o Estado não é senão uma espécie do gênero Direito*’”⁴⁶⁰.

Essa seria, então, a principal falha inerente ao pensamento do jurista palermitano aos olhos de Reale, pois:

A concepção pluralista de Santi Romano trai, a todo instante, a ‘forma mentis’ que êsse jurista ilustre não pôde deixar de conservar do longo convívio com os princípios das escolas de Gerber e de Laband, de Orlando e de Ranelletti, a que princípio pertenceu.⁴⁶¹

Ainda atido ao esboço geral de Romano, apresentados os conceitos, novamente de ordenamento, instituição e mesmo o de direito, Reale realiza enfoque particular para a não dissociação do caráter de juridicidade⁴⁶² atribuído por Romano aos distintos ordenamentos

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 271. Esclareça-se, nesse sentido, a clareza presente em Reale: “Para compreendermos melhor esta definição e aliás todo o sistema de Santi Romano, é preciso não esquecer que – como já dissemos – não se deve identificar o ordenamento jurídico com as suas normas. Enquanto Kelsen identifica o Estado com o sistema das normas, com a legislação, o jurista italiano vê no Estado um dos ordenamentos, ou seja, uma instituição que não pode se confundir com as normas que são posteriores a ela: ‘il diritto, prima di porsi in norme, si concreta in una organizzazione sociale da cui derivano le stesse norme e le loro garanzie’”.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 269.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 268.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 269.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 269-270. Nesse sentido, esclarecedor: “Não cabe indagar se a razão de ser da entidade é lícita do ponto de vista do Direito peculiar à instituição estatal: uma associação de malfeitores não deixa de ser instituição, nem perde a sua ‘juridicidade’ devido ao fato de ser *ilícita*. Santi Romano e a sua escola distinguem entre *lícito* e *jurídico*, e Maggiore sintetiza bem o pensamento comum quando escreve: ‘Tôda vez que uma forma de consciência jurídica se traduz em uma forma embora rudimentar de organização; tôda vez, isto é, que surge uma

institucionais. Nesse particular, não obstante mencione as “judiciosas observações de Romano”⁴⁶³, reitera um certo refutar valorativo ao afirmar aqueles institucionalistas que “vêm ‘instituições’ em tudo e por tudo”⁴⁶⁴.

Ultrapassadas essas iniciais críticas, sobretudo ao que permeia o pensamento institucionalista de Romano, Reale tece então uma crítica direcionada à teoria do Estado em si. Dois, na verdade, seriam os méritos possíveis extraídos do pensamento de Romano, muito embora se lhes atribua também, comungados, a outros autores.

No decorrer dêste trabalho já demonstramos estar de acôrdo com dois de seus pontos essenciais, ou melhor, com duas de suas conclusões, embora as tenhamos alcançado por caminhos diversos: a primeira diz respeito à distinção entre ‘ordenamento jurídico’ e ‘sistema normativo’, já feita por mestres ilustres como Zitelmann e Anschütz; e a segunda é relativa à maneira de conceber a ordem jurídica internacional, em harmonia com o nosso eminente Lafayette. Isto não quer dizer que concordemos com a sua concepção institucional, por demais artificial e por demais apegada ao conceito de organização social; nem que aceitemos a sua concepção de *soberania* que se confunde com *autonomia* e que aparece e desaparece segundo o ponto de vista em que se coloca o estudioso, dentro deste ou daquele outro ordenamento.⁴⁶⁵

subjetividade capaz de sentir e de agir juridicamente, tem-se um ordenamento jurídico que vive de vida autônoma, *fora do Estado e até mesmo contra êle*’ [...] Uma associação ilícita não é *jurídica* do ponto de vista da juridicidade do Estado, mas ‘*continua a ser jurídica em si e por si, visto como a apreciação do Estado não tem valor algum, nem prático e nem lógico.*’ [...] Santi Romano e os que mais de perto segue a sua doutrina pensam que não há diferença entre a juridicidade dos diversos ordenamentos, embora haja os que ponham restrições na tese dizendo que tôdas as instituições possuem juridicidade, mas não *igualmente*”.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 264. (vide nota de rodapé respectiva).

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 263. (vide nota de rodapé respectiva).

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 272.

Especificamente acerca da alegada confusão⁴⁶⁶ entre *soberania* e *autonomia*, com efeito, através do sistema de ordenamentos é que Romano concatena a ulterior compreensão mesma acerca também do direito internacional.

Embora, nesse particular, em relação ao direito internacional se lhe reconheça, em parte, o mérito teórico, em parte outra relega aquela que seria também uma das pretensões do jurista palermitano. Senão, veja-se, ainda que não reconhecida, a conclusão a que chega Reale:

Assim pensando, o insigne pluralista mostra como é artificial a distinção que se faz entre ‘poder estatal’ e ‘soberania’, e afirma que a soberania deve ser apreciada ‘*in base ad un dato ordinamento positivo che la stabilisce e solo per esso*’. Isto quer dizer que um Estado-membro é soberano em face de seu ordenamento, mas não o é perante o Estado Federal; e que um Estado não tem soberania relativamente ao ordenamento jurídico internacional, sem que isto importe na perda da soberania segundo o seu Direito. Com êsses fundamentos, Santi Romano apresentou uma solução original ao problema do Direito Internacional, concebendo-o como uma *instituição*, como a mais ampla das instituições ou dos ‘ordenamentos autônomos’. Sem subordinar o Direito interno dos Estados ao ordenamento jurídico internacional e sem reduzir êste àquele, o mestre de Roma afirma a validade de ambos, apresentando cada um deles como pressuposto natural do outro.⁴⁶⁷

Muito embora Reale aporte os elementos elencados acima quando do trato da teoria específica de Santi Romano, encontram-se, em pontos outros, elementos que guardam específica aproximação com aqueles expostos pelo jurista italiano. É bem verdade, Miguel Reale apresenta elementos marcantes da doutrina do jurista palermitano, seja em relação

⁴⁶⁶ Esta confusão alegada por Reale é reiterada em contexto outro ao afirmar que: “Assim, também os Estados não deixam de ser absolutamente autônomos, se bem façam parte da comunhão internacional. Em verdade, no sistema de Santi Romano, *soberania* e *autonomia* são conceitos que muito dificilmente se podem distinguir.” Cf., *Ibid.*, p. 270.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 271.

à compreensão unitária – totalizante – do Estado, seja em relação à crítica aos direitos públicos subjetivos⁴⁶⁸. Aduz, ainda mais, ao abordar a representação política, embora incorra em uma forçosa redução, ao pensamento de Santi Romano.

Não isento, porém, de eventuais equívocos, Reale utiliza assimilação com o pensamento de Romano que não corresponde efetivamente ao pensamento geral do autor. Não obstante adira Reale ao pensamento de Ranelletti e reforce, por assim dizer, com um comentário remissivo ao jurista palermitano, olvida – embora a utilize anteriormente – a visão totalizante e unitária do Estado exposta por Romano.

As pessoas de direito público, como ensina Ranelletti, não se confundem com os órgãos do Estado, porquanto são dotadas de *poder de império próprio*, embora derivado do Estado; possuem finalidades próprias, que são também finalidades do Estado; mas a sua atividade e os seus atos são próprios, é (sic) não são atos e atividades do Estado. Além do mais, entre o Estado e as pessoas de direito público não há uma relação de hierarquia, porque esta relação só pode existir entre órgãos do mesmo ramo da administração de uma só entidade.⁴⁶⁹

Romano, a bem da verdade, compreende os órgãos constitucionais senão tão somente como componentes do grande edifício estatal, afinal:

⁴⁶⁸ Vide *Ibid.*, p. 227-228. A crítica realizada por Reale neste ponto específica é de pequena monta. Aproxima-se mais do presente trabalho no sentido de reforçar o que fora exposto no primeiro capítulo quando do trato dos *Reflexrecht*. Reale efetivamente referencia a obra do jurista palermitano *Teoria dei diritti pubblici subbietivi*, o que demonstra, para além do acesso do autor à obras outras de Romano, a efetiva concordância, ainda que em parte, com a crítica ali exposta. Senão veja-se: “Segundo Seydel, Bornhak, Kohler e outros autores, não há direitos individuais no Estado e perante o Estado, e o que se convencionou chamar *direito público subjetivo*, não é senão um claro deixado pela legislação positiva à atividade de cada súdito, podendo o Estado extendê-lo ou restringi-lo segundo a sua vontade soberana. Dess’arte, concluem, não representam direitos propriamente ditos, mas simples ‘interesses legítimos’, podendo, no máximo, serem vistos como *direitos reflexos* de garantia ilusória”.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 257-258. Impende esclarecer que Reale apõe nota “no mesmo sentido, Romano”, motivo pelo qual assimila, de todo injustamente, à compreensão de Romano essa visão ‘desviada’ dos órgãos constitucionais.

“*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*”⁴⁷⁰. É dizer, a finalidade a ser perseguida pelos órgãos é tão somente aquela própria do Estado, tanto que, para fundamentar as perseguições contidas em um feixe maior (o do Estado), Romano teoriza o já exposto “*sdoppiamento*”. Caso contrário, conforme ressalta, em havendo finalidades próprias que não as do Estado, tratar-se-iam das autarquias⁴⁷¹, senão:

Uma pessoa jurídica (e tal o é o Estado) não pode agir senão por meio dos órgãos. Se estes se concebem em torno do Estado como pessoas dotadas de direitos próprios, de finalidades próprias, sem quaisquer relações com o ente do qual fazem parte – integram –, destrói-se, de forma manifesta, a personalidade estatal, que não se pode conceber senão dotada de direitos, os quais são exercidos por ela mesma, e em seu próprio nome.⁴⁷²

Isso, não obstante o fato de Reale avocar a ‘vida unitária do Estado’ ao pontuar a fragilidade presente na fundamentação dos institutos da representação e do mandato, pois:

A doutrina da soberania popular ou nacional é base frágil para a explicação da natureza jurídica da representação, a qual não pode ser reduzida ao instituto do *mandato*, o qual exigiria, aliás, um dualismo incompatível e inadmissível na vida unitária do Estado.⁴⁷³

Certo, porém, que não apenas Romano criticara a assimilação forjada dos institutos da representação e do mandato, mas que o fizera em correlação com a (a partir da) visão totalizante do Estado; corolário necessário que, *contrario sensu*, compreenderia o povo e/ou a nação como

⁴⁷⁰ Vide ROMANO, 1898a, p. 7.

⁴⁷¹ Para a visão específica de Romano acerca dos órgãos constitucionais e das autarquias, consoante explanação anterior no presente trabalho, vide 1.1.2 e 1.1.3.

⁴⁷² ROMANO, *op. cit.*, p. 43. Do original: “*Si aggiunga : una persona giuridica (e tale è lo Stato) non può agire se non per mezzo di organi. Se questi si concepiscono alla loro volta come persone dotate di diritti propri, di finalità propria, senza alcun riferimento all'ente di cui fanno parte viene manifestamente a distruggersi la personalità statale, che non si può concepire se non dotata di diritti che si esercitano da essa medesima, ed in nome suo*”.

⁴⁷³ REALE, 1940b, p. 147.

‘órgãos’ inclusive contrários ao Estado. Portanto, estes últimos, para Romano, podem ser compreendidos senão pelo/no próprio Estado.

Muito embora tal posição clara (mesmo nevralgia) de Romano, assevera Reale, após indicar que “A representação que durante tanto tempo esteve ligada à doutrina da soberania nacional, só o foi em virtude de uma ficção hábil até certo ponto, mas que depois não pôde deixar de parecer insuficiente e falha à maioria dos constitucionalistas”⁴⁷⁴, não restariam críticas efetivas ao instituto do mandato e, pontualmente, faz menção, de todo indevida:

Reconhecido o absurdo de se reduzir a representação à figura do mandato, é sabido que se resolveu dizer, quasi como meio de se contornar o problema, que se tratava de um mandato sui generis ou político. Do mandato conservou-se o nome por motivos pragmáticos e para atender ao seu emprêgo usual, mesmo nos textos constitucionais. Ainda hoje há autores que não condenam o emprêgo do termo mandato como é o caso de Santi Romano.⁴⁷⁵

Certo de que referida afirmação decorreria, senão conscientemente, da não compreensão ‘totalizante’ da obra de Romano, sê-lo fez de todo indevida. Romano parte sempre da compreensão ‘totalizante’ do Estado, de forma que a representação é sempre (e outra não pode ser) representação do Estado. Nesse liame teórico, Romano não apenas condena o termo mandato, mas o desconstrói completamente e, servindo-se de elementos públicos, utiliza-se da compreensão de *nomina* e *designazione di capacità*.

Resta assim definida a natureza jurídica de tudo quanto ato com o qual determinadas pessoas passam a assumir funções constitucionais: esses são simples atos de *nomina*. Até mesmo a denominada eleição popular assume tal característica: foi exatamente qualificada como

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 148.

⁴⁷⁵ *Id.*, *loc. cit.* (vide nota de rodapé respectiva 46). A esse propósito, esclarecedor registrar que a menção fora mantida na edição revisada; vide, para tanto, REALE, 1984, p. 164 (nota de rodapé 46), em que a modificação ocorrida fora meramente estilística: “Reconhecido o absurdo [...] Não faltam, porém, autores, que não condenam o emprego do termo *mandato* como é o caso de Santi Romano”.

uma *designazione di capacità* que não implica qualquer transmissão contratual de poderes. Tal designação resta implícita em cada *nomina* e será, portanto, mais fácil e até mais claro usar esta última expressão que, de resto, contém melhor a essência jurídica do ato; ali onde a palavra *designazione di capacità* mais do que o próprio ato em si, designaria a razão que lhe determina, ou, melhor, o procedimento com o qual se lhe alcança.⁴⁷⁶

O mandato, para Romano, (reitere-se) portaria uma patologia congênita, afinal: “um mandato que não seja revogável, que não seja imperativo, que não implique, normalmente, nenhuma responsabilização e que não seja [por outorga] delimitado, é qualquer outra coisa que não um mandato”⁴⁷⁷.

Utilizando-se de termos propostos pelo próprio Reale: “O trecho transcrito torna perfeitamente claro o pensamento do jurista filósofo sobre o Estado e diz bem do alto valor e da originalidade de um pensador que uma crítica apressada considerou de pequena imaginação”⁴⁷⁸, pode-se, claro, registrar e atribuir equívoco outro, então de sua autoria, assimilado quando da remissão ao jurista palermitano.

⁴⁷⁶ ROMANO, 1898a, p. 78-79. Do original: “*Resta così definita la natura giuridica di tutti quanti gli atti con cui determinate persone vengono assunte a funzioni costituzionali: essi sono dei semplici atti di nomina. Anche la così detta elezione popolare assume tale carattere: essa fu esattamente qualificata una « designazione di capacità » che non importa alcuna trasmissione contrattuale di poteri. Tale designazione è implicita in ogni nomina e sarà quindi più breve e forse più chiaro usare quest'ultima espressione, che del resto colpisce meglio l'essenza giuridica dell'atto, laddove la parola « designazione di capacità, » più che l'atto medesimo designerebbero la ragione che lo determina o, meglio, il procedimento con cui vi si giunge.*”

⁴⁷⁷ ROMANO, 1898a, p.73. Do original: “*Un mandato che non è revocabile nè imperativo, che non implica normalmente nessuna responsabilità e che non ha limiti, non è un mandato, ma qualche cosa d'altro come adesso vedremo.*”

⁴⁷⁸ REALE, 1940b, p. 279. Pontue-se que Reale, de forma sutil, registra esta crítica ao afirmar, em nota de rodapé respectiva (13) que “Assim PONTES DE MIRANDA – atribuindo, aliás, a DEL VECCHO e ICILIO VANNI a autoria da conciliação da *Willenstheorie* de WINDSCHEID com a *Interessentheorie* de JHERING (Comentários, cit., t. I, p.81). Na realidade essa conciliação foi feita por Jellinek, como se vê no *Sistema dei diritti pubbl. subb.*, cit., pg. 51, e é reconhecida pela unanimidade dos autores. Cfr. DUGUIT [...] S. ROMANO [...]” Cf. *Ibid.*, p. 279-280 (vide nota de rodapé respectiva).

Ponto outro que toca aproximadamente o pensamento do jurista palermitano é a incompreensão dos termos Estado e Nação: sua assimilação forçada; o que não destoa do pensamento de juristas outros tantos, abordados no presente trabalho como também visitados amplamente por Reale.

Certo é que, não obstante esses poucos pontos nos quais Reale destoa daquilo que se mostra ser o pensamento de Romano, efetivamente o acesso às suas obras mostrou-se sobretudo profundo, ainda que delimitados.

Aliás, o aporte teórico apresentado por Reale ainda em seus iniciais anos enquanto jurista, de todo impressiona. Senão, portanto, o primeiro jurista a se debruçar e efetivamente compreender (ou assim exteriorizar) a mensagem do jurista palermitano, é, certamente, o que demonstra (não só ‘inicialmente’) uma imensa compreensão do institucionalismo como um todo, notadamente em suas variantes corporativas, sindicais, entre outras; todas devidamente explicitadas em suas obras.

3.2.2 REALE, o antiformalismo e o integralismo

Por fim, não sem retirar de Reale o mérito da robustez teórica e, no que tange ao presente trabalho, da orientação causada, embora não por ele assimilada explicitamente, impende apontar uma análise esboçada pelo jurista que de todo afeta o presente trabalho. Reale, ao tratar o antiformalismo jurídico – categoria na qual encontra-se, para o autor, Romano –, apesar de não relacioná-lo diretamente ao que ora se expõe, fornece, certamente, elementos que fundamentariam, em parte, o trato relegado ao jurista palermitano.

É, indubitavelmente, um tracejado cuja análise resta salutar. A inter-relação entre os pensadores expostos no presente trabalho é, inicialmente, ressaltada por Reale, pois “Como já dissemos, os princípios expostos pelos mestres italianos relativamente ao estudo e à formulação do Direito, foram preparados por uma série de trabalhos notáveis realizados na Alemanha e na França”⁴⁷⁹.

Nesse liame teórico, embora “na Alemanha, terra por excelência do formalismo”⁴⁸⁰ tenham ocorrido também reações antiformalistas as mais diversas, as quais apregoavam primordialmente o contato vivo com a experiência social, ter-se-ia ali chegado no extremo de “transpor os

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 21.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 22.

limites do razoável, dando lugar a uma concepção romântica da vida jurídica”⁴⁸¹. ‘Compreensão’ essa que, apropriada pela *Weltanschauung*, teria acabado por apresentar, ‘fortalecida’ pelo então nazismo, a assimilação do movimento⁴⁸² à supressão da autonomia individual, mesmo da própria organicidade social ao pretende-la à homogeneização.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁸² Porquanto ponto de todo controvertido, implicam esclarecimentos. Reale aponta inicialmente a importância da escola sociológica, sobretudo a Durkheim, marco a partir do qual o trato do jurídico teria sido modificado, afinal “A inspiração sociológica, com seus estudos sobre a consciência coletiva, a divisão do trabalho, a solidariedade, a interdependência dos grupos, contribui de maneira relevante para arrancar o jurista do plano das abstrações e reconduzi-lo, em boa hora, para o terreno das realidades palpitantes da vida.” Cf. *Ibid.*, p. 22; Não na mesma edição, Santi Romano é pontualmente apresentado, após inserção deste único parágrafo no tópico respectivo da edição revisada por Reale, correlacionado a esse mérito, portanto, em oposição à visão metafísica e, consequentemente, conforme Reale, em oposição ao próprio movimento fascista então presente na Itália, pois: “Após a queda do fascismo, também a Ciência jurídica italiana, que já entrara em contacto vivo com a experiência social, sobretudo por meio das obras fundamentais de Santi Romano e Giuseppe Capograssi, passou a revelar mais atenção pela problemática sociológica, que quase havia sido posta à margem menor por influência de ideologias políticas do que como decorrência da crítica idealista de Croce e de Gentile.” *Vide* REALE, 1984, p. 23-24. Muito embora estas pontuais considerações, Reale passa então a atribuir ao “excesso” originado da reação antiformalista, sobretudo a partir da “*Freies Rechtsfindung* e da *Libre Recherche du Droit* de Géný” o extremo ao qual conduziu referido exagero. Portanto: “Reação contra o formalismo, não tardou essa orientação a transpor os limites do razoável, dando lugar a uma concepção romântica da vida jurídica. [...] Em verdade, renasce na Alemanha de Hitler um romantismo jurídico que lembra, de certa forma, a concepção que Savigny e Puchta tiveram da sociedade e do Direito. Segundo os mais eminentes juristas da nova Alemanha, o centro de toda a *Weltanschauung* [cosmovisão] filosófica nacional socialista é o povo com o seu *objektiver Geist* [espírito objetivo], de sorte que o Estado e o Direito não são mais do que produtos desse Espírito, ou então, aspectos da *Volksgemeinschaft* [comunidade do povo] na sua realidade histórica e dinâmica, da qual o *Führer* é o intérprete com o seu séquito, *Führung* [condução]. [...] Como se vê, o antiformalismo na Alemanha já está incidindo em um erro oposto ao que pretende combater. [...] A reação contra o formalismo jurídico nota-se por toda parte, e o excesso que vimos na Alemanha também encontramos na Rússia Soviética, onde a natureza do regime político coloca os interesses de classe acima das conclusões que logicamente são exigidas pelos textos legais.” Cf. REALE, 1940b, p. 23-24; *vide*, para o equivalente da edição atualizada – com singelas modificações –, REALE, 1984, p. 24-25.

Certo porém que esse desvio das correntes antiformalistas, consoante Reale, não teria sido verificado em Romano; pelo contrário, Reale trata de especificar a oposição de Romano, pluralista que o era, ao regime da ‘estatolatria’ fascista italiana, afinal:

Não há dúvida que se deve, sobretudo a Santi Romano a vitoriosa reação que se operou na Itália contra a tese da absoluta estatalidade do Direito, a qual ainda reflete a poderosa influência exercida pelo pensamento hegeliano na jurisprudência ocidental.⁴⁸³

Prossegue ainda, no mesmo sentido, ao afastar novamente Romano do regime fascista:

No meio dos exageros da estatocracia fascista e contra todos os escritores que afirmam a absoluta estatalidade do Direito tornando o Estado o fim do Direito, não se pode esquecer o alto significado dessa doutrina que vê crescer cada vez mais o número de seus adeptos em direções múltiplas, todos acordes em reconhecer o absurdo de pôr o Estado como fundamento e escôpo da atividade jurídica.⁴⁸⁴

Muito embora a ressalva aposta por Reale, resta claro, consoante o autor, que a assimilação ao antiformalismo, para a mente comum, restaria relacionada a estes desvios. Este rechaçar, portanto, das acepções antiformalistas em suas ‘formas desviadas’ teria, então, (por assim dizer) uma vez assimilado também o fascismo italiano, interferido na absorção

⁴⁸³ *Id.*, 1940b, p. 272. *Vide*, para o equivalente revisado, mantido em sua integralidade – realizadas correções gramaticais – *Id.*, 1984, p. 296.

⁴⁸⁴ *Id.*, 1940a, 237. *Vide*, para o equivalente mantido em sua integralidade (apenas com variações na pontuação e acentuação), REALE, 1998, p.236. Elucidativo, ainda, o ‘equivalente’ mantido em sua outra obra, em sua edição primeira e revisada, também. Senão, *vide* REALE, 1940b, p. 272: “De qualquer forma, a contribuição de Santi Romano, mesmo nos seus exageros, veio contribuir a apontar os pontos fracos do estatalismo jurídico e a colocar, sobre novas bases, o problema das relações entre o Estado e o Direito, lançando uma forte luz sobre a natureza da ordem jurídica internacional.”. para o equivalente ‘revisado’, *vide Id.*, 1984, p. 296.

teórica por juristas outros que teriam partido, consequentemente, de análises simplórias contingenciais.

3.3 O PERÍODO PÓS-REALE

Conquanto inexistentes, naquele que se entendeu por ‘período pré-Reale’, menções, apropriações ou mesmo aproximações do pensamento lançado por Romano pelos juristas pátrios, encontra-se, no ora determinado ‘período pós-Reale’, ainda que superficialmente, alguma aproximação do pensamento do jurista palermitano.

Percebe-se, conforme restará analisado, que a utilização de publicistas estrangeiros se dá, sobretudo, como elemento de pretensa robustez intelectual, é dizer, não necessariamente são utilizados (mencionados) os juristas em consonância com aqueles que vêm a ser os seus pensamentos distintivos, característicos. Vezes outras – não raras – são utilizados alguns juristas modernos em contextos completamente díspares daqueles em que se apresentam as suas teorizações centrais.

Não obstante isso, efetivamente, percebe-se a influência direta da abordagem de Miguel Reale com a inserção de Santi Romano na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Publica, assim, uma obra sob a sua direção⁴⁸⁵ que reflete essa inserção com um ensaio específico acerca da problemática ‘Estado e Direito’ (1952)⁴⁸⁶ e na qual, por necessário, verifica-se um longo deleite sobre o jurista palermitano.

Há ainda, em período anterior ao da tradução para o português da obra de Santi Romano, a presença de elementos característicos (romanianos) no pensamento de Pinto Ferreira (1957), os quais não se limitam à obra específica, pois presentes também em ulteriores obras do jurista.

O que se mostra, porém, mais evidente é, ainda assim, o desconhecimento pelos juristas, seja do jurista palermitano seja mesmo das críticas correlacionadas com o pensamento de autores como Duguit,

⁴⁸⁵ Por fins estruturais, é dizer, para observar aquilo que se procurou concatenar enquanto estrutura cronológica, optou-se, embora cabível também no presente momento, por retomar a influência direta de Reale mais adiante. Entretanto, *vide* REALE, Miguel (Org.) **Ensaio de Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1952 (Coleção Direito e Cultura).

⁴⁸⁶ *Vide* ASHCAR, Camillo. Estado e Direito. In: REALE, Miguel (Org.). **Ensaio de Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1952, p.169-201.

Hauriou e mesmo Jellinek – este último amplamente ‘avocado’ pela doutrina pátria, embora todos presentes, de certa forma, na ‘conformação’ do pensamento constitucional pátrio.

Em diametral oposição ao pensamento de Calmon⁴⁸⁷, apresenta-se Francisco Campos (1891-1968), cuja inclinação ao então Estado Novo é de todo explícita sobretudo em seu ‘Direito Constitucional’ (1942)⁴⁸⁸.

Se para Calmon o cerne do direito público, e consequentemente do Estado, demonstrava-se exatamente enquanto “o equilíbrio das forças e de interesses morais e materiais”, Francisco Campos, por sua vez, aproxima-se, nesse sentido, da concepção de unidade do Estado de forma a afastar estas mesmas forças⁴⁸⁹ menores que corroem senão a totalidade do próprio Estado.

É a partir da constatação do “divórcio entre a Nação e o Parlamento”⁴⁹⁰, fundada sobre um sistema representativo “já ultrapassado”⁴⁹¹ que conclui, Campos “ao invés de colaborador do

⁴⁸⁷ Utiliza-se menção à Pedro Calmon como forma de correlação, cronológica, com aquele que fora exposto antes da abordagem de Reale, na medida em que este último, como registrado, é utilizado como marco de excepcionalidade.

⁴⁸⁸ CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1942. Impende esclarecer que a referida obra contém “O Estado Nacional e suas Diretrizes”, publicado pelo autor em 1937.

⁴⁸⁹ CAMPOS, 1942, p. 316. Esclarecedor, nessa perspectiva, o que expõe acerca dos interesses albergados pelo Estado: “O Estado assiste e superintende, só intervindo para assegurar os interesses da Nação, impedindo o predomínio de um determinado setor da produção em detrimento dos demais. O Estado é a justiça; as corporações, os interesses. Nos quadros do Estado, só os interesses justos encontram proteção. O liberalismo econômico é, precisamente, o antípoda. A liberdade é simplesmente a liberdade individual, e, como sem a justa arbitragem a medida da liberdade é a força, a liberdade individual era a liberdade para os fortes, ou liberdade dos ‘gangsters’. A vida econômica não tinha outro regulador a não ser a vontade dos fortes, isto é, daqueles que conseguiram constituir, graças à espoliação ou às conjunturas favoráveis do livre jogo econômico, o seu feudo”.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 298. Elucidativa a crítica acerca do distanciamento ora criticada: “Quanto mais se acentuava o divórcio entre a Nação e o Parlamento, quanto mais este último se mostrava incompetente para o desempenho da sua tarefa constitucional, mais se dilatava o período do seu funcionamento, que tendia a tornar-se permanente, graças às prorrogações ou convocações extraordinárias, realizadas, umas e outras, sob os mais fúteis e insinceros protestos, logo esquecidos no dia imediato ao da sua corajosa invocação”.

⁴⁹¹ *Id.*, *loc. cit.* Nesse sentido, esclarecedora a explícita crítica à atuação do Parlamento: “A Nação, a Nação que trabalha e produz, não podia, evidentemente, ter como seu espelho ou sua imagem, para usar de expressão peculiar a uma forma

Governo nacional, o Parlamento tendia, cada vez mais, a transformar-se em órgão de inibição das iniciativas realmente úteis ou proveitosas aos interesses nacionais”⁴⁹².

Não que se pretenda, consoante alertara Reale ‘em tudo enxergar instituições’, mas há efetivamente, a partir da constatação do distanciamento do Parlamento, seja com o Estado, seja com o povo em si, a fundamentação daquela que deveria ser a resolução deste ‘minar’ potestativo, a qual se justifica, exatamente, na unidade estatal. A Constituição, então, de 1937, aos olhos de Campos, representaria esta efetiva unidade resultante de um “imperativo de salvação nacional”⁴⁹³:

A Constituição é um todo sistemático e orgânico. Não foi feita para tornar impossível qualquer governo, o que era o fim que tinham em vista as Constituições liberais. Estas organizavam o Estado sob a regência do mesmo princípio da livre concorrência. O Estado era um certo número de poderes concorrentes, em conflito permanente uns com os outros; equilibravam-se, para se neutralizarem. [...] O poder, na Constituição de 10 de novembro, tem unidade. Há vários poderes e um só poder; onde há vários poderes e não existe um só poder não há governo, porque governo é um só pensamento e uma só ação⁴⁹⁴.

Parte, portanto, de constatação fática cujo erosionar do Estado, ou dos poderes que o compõem, levam-no também – em aproximação – a

de regime representativo já definitivamente superada, uma assembléia cuja vocação para as férias, à medida que se acentuava, mais se revelava exigente em relação aos privilégios e às vantagens que a Nação lhe tinha larga e generosamente liberalizado”.

⁴⁹² *Id.*, *loc. cit.*

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 289. Nesse sentido: “O novo Estado brasileiro resultou de um imperativo de salvação nacional. Como acentuou o Chefe do Governo no manifesto de 10 de novembro, quando as exigências do momento histórico e as solicitações do interesse coletivo reclamam imperiosamente a adoção de medidas que afetam os pressupostos e convenções do regime, incumbe ao homem de Estado o dever de tomar uma decisão excepcional, de profundos efeitos na vida do país, acima das deliberações ordinárias da atividade governamental, assumindo as responsabilidades inerentes à alta função que lhe foi delegada pela confiança pública”.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 321-322.

fundamentar a unidade do próprio Estado. Se é certo que não lhe é exclusiva a abordagem, é efetivamente presente na juspublicística alemã essa preocupação central com a unidade estatal; no que tange à crítica da ‘representação’, elemento presente especialmente em Duguit e Romano.

Por fim, *mister* registrar que há a menção expressa na obra de Francisco Campos acerca do jurista de Bordeaux. Muito embora não lhe seja esse o pensamento central nem tampouco a crítica característica por ele exposta, insere Duguit no contexto de análise da promulgação, pela Câmara, de dispositivo contrário à disposição outra legal ou mesmo constitucional⁴⁹⁵.

Parênteses outro cronológico cuja abordagem ora se faz necessária, é a influência direta⁴⁹⁶ da inserção de Santi Romano por Miguel Reale,

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 12. Esclarece, nesse sentido: “É certo – escreve DUGUIT – que se uma das Câmaras quisesse votar um artigo de seu regulamento, que fôsse contrário a uma disposição legal ou constitucional, não haveria meio de o impedir; mesmo ao governo não caberia nenhuma via de recurso para anular tal disposição”.

⁴⁹⁶ Para além da inserção realizada por Reale enquanto catedrático, já demonstrada, cujos reflexos serão vistos também em algumas obras e abordagens discentes, mas, consoante asseverado anteriormente, mesmo pela proximidade e diálogo com os mais diversos juristas *e.g.* italianos, tem-se, de forma efetiva e recíproca, a inserção de juristas, cuja abordagem também toca Romano, é dizer, há o contato pelo meio acadêmico, proporcionado por Reale, também de abordagens outras – diretas – do pensamento do jurista palermitano. Elucidativo, não exaustivo, porém, a tradução de uma sua obra ‘Filosofia do Direito’ para o italiano, *vide* REALE, Miguel. **Filosofia del diritto**. Traduzione di Luigi BAGOLINI; Giovanni RICCI. Torino: Giappichelli, 1956.; a menção explica-se, não tanto pela demonstração de inserção do jurista brasileiro na Itália – o diálogo aproximado –, mas sobretudo pela inserção ‘reversa’ daquele que fora o tradutor para o italiano de uma sua obra no contexto acadêmico da USP. É dizer, consta também, do então catedrático de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Gênova, artigo na Revista da Faculdade de Direito da USP no qual há menção direta ao pensamento do jurista palermitano, senão *vide* BAGOLINI, Luigi. Norma negoziale e paradigma normativo. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 055, 1960, p. 21-40. Disponível em <<http://obrasraras.sibi.usp.br/xmlui/handle/123456789/3142>>. Acesso em: 24 fev. 2017. Esclareça-se, nesse sentido: “*Di conseguenza bisogna che dal paradigma generale della normatività necessariamente implicato nel discorso di chi affermi la normatività del negozio, sia possibile escludere in concetto di comando, e quindi di imperatività. Giustamente, ad esempio, la esclusione della imperatività dal novero dei caratteri essenziali del paradigma normativo, è nel pensiero di Santi Romano condizione imprescindibile per*

verificada em 1952. Muito embora trate-se de publicação cuja direção cabe também ao então catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo, há na obra ‘Ensaio de Filosofia do Direito’ um excerto intitulado ‘Estado e Direito’ no qual Camillo Ashcar apõe conceitos romanos. A própria estrutura disposta pelo autor reflete, em bastante proximidade, a estrutura apresentada por Miguel Reale naquelas que foram as obras esmiuçadas anteriormente no presente capítulo.

A partir da problemática ‘Direito e Estado’, estrutura Ashcar cinco correntes doutrinárias nas quais expõe, de forma concatenada, o pensamento de diversos autores, dentre os quais Hobbes, Kant, Rousseau, Jellinek, Ihering, Del Vecchio, Hauriou, Duguit, Kelsen, Sauer, Ravá e também Santi Romano.

Trata-se efetivamente de escrito de todo aproximado das obras de Reale. A similitude, inclusive, é verificada quando das adjetivações: “O notável mestre de Toulouse, a quem Duguit denominou ‘O Bergson das letras jurídicas’”⁴⁹⁷ e, mais, utiliza-o, inclusive para referenciar a obra de Romano ao registrar que “As instituições são – no dizer pitoresco do ilustre catedrático da Universidade de S. Paulo – ‘mônadas sem janelas’, que valem por si mesmas, em virtude de sua própria organização”⁴⁹⁸.

Ainda em 1948, Pinto Ferreira⁴⁹⁹ publica aquela que viria a ser uma de suas principais obras, ‘Princípios Gerais do Direito Constitucional

l'attribuzione ai negozi di un carattere precettistico che serva, fra l'altro, a differenziarli dagli altri non negoziali.” Cf. BAGOLINI, op. cit., p. 30.

⁴⁹⁷ ASHCAR, 1952, p.186. Elucidativo, por equivalência, a referência realizada por Reale: “Méritos inegáveis da doutrina do mestre de Toulouse [...]” Cf. REALE, 1940a, p. 230.

⁴⁹⁸ ASHCAR, op. cit., p. 185.

⁴⁹⁹ Luiz Pinto Ferreira (1918-2009). Nascido em Recife, ingressou na tradicional Faculdade de Direito do Recife onde, ainda aos 17 anos publica sua primeira obra ‘Novos Rumos do Direito Público’. Torna-se bacharel aos 20 anos. Debruçado sobre a Teoria do Estado, ingressa como livre-docente na cátedra de Teoria Geral e do Direito em 1944. Em 1950 assume também a cátedra de Direito Constitucional, concurso para a qual escrevera o autor seu Princípios Gerais de Direito Constitucional moderno. Vincula-se ainda ao curso de sociologia da mesma instituição. Desenvolve também atuação política como suplente de José Ermírio de Moraes (PTB) tornado-se, posteriormente, presidente do MDB. Integra também a Comissão de Notáveis para o anteprojeto da Constituição de 1988. Dentre suas principais obras, destacam-se: Novos rumos do direito público. (1937), Teoria geral do estado. 2. ed. (1957) – na qual inclui obra outra de sua autoria ‘da soberania de 1943’, Princípios gerais do Direito Constitucional moderno (1948) Curso de direito constitucional (1964). Dentre as obras estrangeiras, destacam-se: *Pétite Histoire de la Littérature Brésillienne* (1954),

Moderno⁵⁰⁰. Obra robusta, certamente, que reflete a considerável produção intelectual do jurista, cujas obras foram publicadas inclusive em Russo, Alemão, Espanhol e Francês. O jurista efetivamente apresenta Santi Romano em seus traçados, muito embora não em suas obras iniciais; remete, porém, a leituras⁵⁰¹ de Orlando e mesmo de Paolo Biscaretti di Ruffia – este pupilo de Romano, aquele seu preceptor.

Conceitos outros os mais diversos são apresentados pelo jurista em um larguíssimo aporte teórico. Aporte esse que faz incorrer o jurista na utilização dos mais diversos doutrinadores⁵⁰², ainda que díspares suas premissas, para formular então os conceitos por ele apresentados.

Nuevos fundamentos de la espaciologia social (1955), *Die deutsche Einwanderung in Brasilien* (1959), *Karotkaia istoriia brasiliiskoi literaturi, spetsialne stoletia* (1959), *Die politischen Parteien Brasiliens* (1961).

⁵⁰⁰ Em que pese a publicação inicial em 1948, em obra de volume único, utilizou-se, para a presente abordagem, a edição revista, ampliada e atualizada, em dois volumes, publicada em 1951. Vide FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 2ª ed. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

⁵⁰¹ As menções aos autores italianos são de todo esparsas e se apresentam sobretudo enquanto elemento meramente informador. Leitura distinta, porém, apresenta o autor particularmente em relação aos franceses e alemães. Nesse sentido: “De feito, para Orlando, o direito constitucional é o direito do Estado e compreende todo o direito público. [...] Enfim, existe uma *derradeira perspectiva de consideração*, esposada por DUGUIT, no ‘*Traité de Droit Constitutionnel*’ por Biscaretti di Ruffia, no seu recente livro ‘*Lo Stato Democratico Moderno*’, e Esmein nos seus ‘*Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*’. Êles se detêm numa contemplação genérica da noção do direito constitucional, prescindindo de uma finalidade exclusiva de simples estudo histórico-concreto de uma constituição em particular. Por isso mesmo, DUGUIT nêle vislumbra o conjunto de normas jurídicas que se aplicam aos governantes e aos governados.” Cf. FERREIRA, 1951, p. 28-30.

⁵⁰² Cf. *Ibid.*, p. 60-62. A assimilação dos mais diversos autores cujas matizes destoam, se tomado por base as suas premissas, resta claro no excerto: “As melhores definições sintéticas de constituição foram ministradas, recentemente, por Smend, Stier-Somlo, Fleiner, Munro, Meyer-Anschutz e Pedro Calmon, aliás, segundo o pensamento clássico de Aristóteles. Assim para Smend, no seu famoso livro ‘*Verfassung und Verfassungsrecht*’, ‘a constituição é o ordenamento jurídico do Estado, mais exatamente da vida, onde o Estado tem a sua realidade vital’. Fleiner, nas ‘*Institutionem des deutschen Verwaltungsrechts*’ (1928, p.3) a entende como um ordenamento fundamental, Munro e Lassale como ‘a lei fundamental do país’, ou uma ‘lei fundamental especial’ na orientação de Meyer-Anschuetz. Afinal Stier-Somlo a vislumbra como o ordenamento jurídico fundamental do Estado baseado na estrutura política e social da comunidade,

A constituição é o ordenamento fundamental do Estado. A idéia nuclear de uma constituição consiste, pois, nessa regulação técnica dos fundamentos da organização estatal, realizada segundo o ideal vigente de uma época histórica. O ordenamento fundamental do Estado, com a sua infraestrutura econômico-social e a sua superestrutura ideológica, torna-se, em vista disso, indispensável, porque é o sentido que inspira a vida da comunidade política.⁵⁰³

Tão somente quando da publicação da Teoria Geral do Estado (1957)⁵⁰⁴, destrinchado em dois volumes, apresenta de forma explícita Santi Romano. Entretanto, guarda, no geral, similitude com o trato relegado aos juristas italianos, é dizer, basicamente enquanto pretensa robustez teórica. Compreensão essa corroborada, inclusive, pela forma com que se dá a inserção dos juristas. É dizer, não obstante *e.g.* utilize-se do pensamento de Orlando em sua obra de 1951 para caracterizar que “De feito, para Orlando, o direito constitucional é o direito do Estado e compreende todo o direito público”⁵⁰⁵, insere – corolário daí decorrente – em sua obra ulterior uma efetiva (contraditória) crítica, pois:

Erravam ou exageravam, pois, os juris-publicistas quando enxergavam na soberania do Estado [...] ou, como diz Victor Orlando, a fonte de todos os poderes públicos, um direito snpremo (sic), no qual

enquanto o brasileiro Pedro Calmon a vê como ‘a lei suprema de um país’. Deriva de Aristóteles, que Heller tem na qualidade de fundador da ciência histórico-descritiva da política (*begrundet er eine historisch-deskriptive Wissenschaft der Politik*), essa simplicidade de conceituação, pois, para o estagirita, o Estado (*politèia*) é um ordenamento (*taxis*) da vida em comum naturalmente existente entre os homens de uma cidade (*pólis*) ou de um território. O ordenamento afeta às relações de dominação no Estado e à sua estrutura, pela qual se estabelece um govêrno ou dominador (*kurios*) destiguindo-se dos dominados. Como se vê, já em Aristóteles (*Pol.*, I. IV, cap. I, 5), está a crisálida dos mesmos princípios que, no século XX, seriam aprimorados por Kelsen, Duguit, Viesse e Jellinek. [...] outros pensadores de valia dão-lhe um conteúdo concreto-empírico de definição [...] Dentre os juristas estrangeiros, poderíamos selecionar as definições de Orban, Lestrade, Cooley, Watson, Haurriou, Black e Jellinek”.

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 60.

⁵⁰⁴ FERREIRA, Luiz Pinto. **Teoria Geral do Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, 2v.

⁵⁰⁵ *Id.*, 1951, p. 28.

todos os outros direitos particulares encontram sua síntese.⁵⁰⁶

Ainda nesse sentido, ao discorrer sobre as compreensões do Estado, evidencia trechos daquele que seria o pensamento de Santi Romano. Não obstante utilize-se, desta feita, o autor da referência ajustada, salutar transcrevê-la:

Ainda na Itália [havia sido abordado Groppali no momento anterior] SANTI ROMANO, em seus *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, salientando que ‘o conceito do Estado é um dos mais controvertidos da moderna publicística’ define-o como ‘uma ordem jurídica territorial soberana’, ou, quando dotado de personalidade, ‘uma pessoa jurídica territorial soberana’. Assim está dito no texto italiano da sua precitada obra, muito reputada no mundo das letras jurídicas: ‘In conclusione, la definizione più large (sic) e sintetica che dello Stato può darsi è la seguente (sic): è Stato ogni ordinamento giuridico territoriale soberano (sic), ossia originario. Al termine ‘ordinamento giuridico’, quando sia opportuno e giovi mettere più esplicitamente in vista certi lati del concetto, possono (sic) sostituirsi gli altri, sostanzialmente (sic) equivalenti, di ‘ente’, ‘comunità’, o ‘istituzione’. Lo Stato poi che sia persona, oltre che nel modo precedente, può anche definirsi, se (sic) [si] vuole dare rilievo a queta (sic) sua qualità, una persona giuridica territoriale sovrana’.⁵⁰⁷

Não obstante trate, neste ponto específico, de referenciar a obra do autor, o que faz também com autores outros em constância com a exposição já apontada anteriormente, Pinto Ferreira conclui a descrição do Estado afirmando que “a tendência moderna de interpretação do Estado, deve-se consignar que, de um modo geral ela procura compreendê-lo como uma associação humana fixada sobre um território

⁵⁰⁶ FERREIRA, 1957, t. I, p. 111.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 81-82.

determinado e dotada de soberania”⁵⁰⁸; e, embora ‘excetue’⁵⁰⁹ e.g. Jellinek, Duguit e Kelsen, finda por inserir no mesmo regimento uma infinidade de juristas, naquela por ele denominada “tendência moderna”.

Olvida, assim, para além das peculiaridades teóricas respectivas dos autores – o que de fato pode tê-lo feito de forma consciente a reforçar aquele que pretende apresentar enquanto bosquejo seu –, as próprias ressalvas apostas por Romano na obra especificada.

Muito embora trate-se o *Principii di Diritto Costituzionale Generale* de obra que sintetiza, no geral, a totalidade do pensamento do jurista palermitano – despida dos deleites teóricos inerentes ao autor –, lança, ainda assim, alguns elementos críticos essenciais. Críticas essas que certamente demonstram o seu distanciamento teórico das demais “tendências modernas”:

De tudo quanto se expôs, resulta que o Estado é um ente complexo, que consiste nos elementos que se indicou, assim como outras variáveis e, conseqüentemente, não essenciais e irrelevantes para a sua definição, motivo pelo qual não se deve confundi-lo com nenhum destes elementos. Deve-se, por conseguinte, rejeitar tudo quanto teoria que o identifica com o seu governo, com o seu território ou com a sua população, como de resto tem-se gradualmente observado.⁵¹⁰

Utiliza ainda, Pinto Ferreira, inserção outra de Romano no que tange à territorialidade como elemento essencial do Estado. Não obstante nada mencione de específico em relação ao pensamento do jurista

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 83.

⁵⁰⁹ *Id.*, *loc.cit.* Nesse sentido, registre-se: “há evidentemente exceções a essa compreensão geral do problema, especialmente por aqueles autores que se colocam em uma posição doutrinária antagônica à tese de que a soberania seja um elemento distintivo do Estado, como Jellinek ou Duguit

⁵¹⁰ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. Milano: Giuffrè, 1945b, p. 88. Do original: “*Da quanto si è detto deriva che lo Stato è un ente complesso, che consta degli elementi che si sono indicati, nonché di altri variabili e, quindi, non essenziali e irrilevanti per la sua definizione, ma non è da confondersi con nessuno di essi. Sono, per conseguenza, da respingersi le teorie che lo identificano o con il suo governo, o col suo territorio, o con la sua popolazione, come del resto, si è venuti a mano a mano osservando.*”, pontua-se a presente obra para fazer-se menção tão somente, embora restrita, àquela utilizada por Pinto Ferreira.

palermitano, apõe-no novamente arregimentado com outros teóricos ao salientar que “Hoje em dia está em moda, e entre outros vultos da teoria podem ser indicados os nomes de ULMANN, BORNHAK, LISZT-FLEISCHMANN, CAVAGLIERI, THOMA, HEINRICH, SANTI ROMANO, EMILIO BONNAUDI e demais”⁵¹¹.

Entretanto, consoante o autor, o mérito da referida teoria ora em “moda” restaria atribuído especificamente a Fricker. Afirma, assim que “Na atualidade, surgiram novas concepções, especialmente a teoria do espaço, a ‘Raumtheorie von Staatsgebiete’”, vendo no território o espaço de dominação estatal. O fundador da doutrina foi FRICKER em sua obra *Gebiet und Gebietskoheit* (1901)”⁵¹².

Não que se pretenda retirar o mérito atribuído por Ferreira ao pensamento de Fricker. Todavia, e isso é imperativo, deve-se registrar que a compreensão territorial⁵¹³ utilizada por Romano é exposta já em 1898 quando da publicação do seu *Sui Cosidetti* “*Staatsfragmente*,.. Isso, sem se mencionar que tivera já Romano se debruçado por sobre a compreensão específica de supremacia em sua obra inicial (1897). Consoante asseverado na primeira parte do presente trabalho, trata-se de publicação em resposta à compreensão territorial exposta por Jellinek quando da publicação, por este, em 1896 da obra *Ueber Staatsfragmente*.

Mas não se pode compreender, repita-se, a existência de um dos três elementos [habitantes, território e supremacia], sem que, na ausência de quaisquer dos outros dois elementos, tenha-se um Estado. A bem da verdade, a nosso ver, para muito além de três elementos, no sentido próprio e verdadeiro da palavra, trata-se, no nosso caso, de três lados de um único conceito: a soberania, considerada a partir dos habitantes e do local em

⁵¹¹ FERREIRA, 1957, t. I, p. 105.

⁵¹² *Id.*, loc. cit.

⁵¹³ ROMANO, 1898b, p. 6. Nesse sentido: “*Dal punto di vista del diritto pubblico, « territorio » non implica soltanto un'estensione qualunque di terra, ma un'estensione su cui s'impera e su cui vivono i sudditi. Se ciò non è, non si ha un territorio nel senso tecnico che a questa parola si deve attribuire quando la si riferisce ad uno Stato. Ciò posto, noi comprenderemmo fino ad un certo punto l'esistenza d'un ente che avesse del potere sovrano che esplicherebbe. Sarebbero di tal natura o corpi autarchici territoriali, la supremazia dei quali sulle persone che li costituiscono deve sempre considerarsi, come altrove abbiamo cercato di dimostrare, non come originaria, ma come delegata (se pure l'espressione è esatta) dallo Stato*”.

que se exercita, acarreta respectivamente a ideia de subordinação/sujeição e de território.⁵¹⁴

Ou seja, da leitura realizada por Pinto Ferreira com o quanto exposto pelo próprio Romano, infere-se que ou a teoria atribuída a Fricker (1901) não restaria de sua autoria inicial ou, efetivamente, Pinto Ferreira não se prolongou por sobre a especificidade de Romano, seja por silenciar naquilo que tange à proximidade teórica nesse particular, seja por assimilá-lo, de todo forçoso, a teorias outras distintas com as quais não guardava correlação o pensamento palermitano.

Essa omissão é reforçada se considerada a análise, por Pinto Ferreira, da compreensão acerca da soberania, pois, não obstante se prolongue de forma esmiuçada sobre as mais diversas concepções da soberania e.g. concepção jurídica da soberania e concepção negativista da soberania – na qual insere Duguit –, o jurista nada menciona acerca das críticas respectivas realizadas por Romano. Ausência essa novamente confirmada quando da apresentação da “concepção pluralista da soberania”, pois, apesar de apresentar aquela que compreende como a teoria pluralista da soberania e, conseqüentemente, aqueles que seriam os seus teóricos, silencia completamente no que pertine ao pensamento de Santi Romano.

As bases sócio-culturais da doutrina pluralista – O conceito básico da ideologia pluralista é a multiplicidade das fontes do ordenamento jurídico, com o correspondente esfacelamento do poder público. Este princípio de esfacelamento do poder público, de vários poderes intraestatais soberanos, ou praticamente soberanos, criando o Direito, é a fórmula dessa nova corrente de pensamento, estruturada nos começos do atual século, de permeio com os movimentos sociais do sindicalismo e do corporativismo.⁵¹⁵

⁵¹⁴ ROMANO, 1898b, p. 6. Do original: “*Ma non sapremmo comprendere, giova ripeterlo, l'esistenza di uno dei tre elementi [un proprio territorio, dei propri abitanti e una propria supremazia], senza che, per la mancanza degli altri due, si abbia uno Stato, giacchè, a parer nostro, più che di tre elementi nel senso vero e proprio della parola, si tratta nel nostro caso di tre lati d'un unico concetto: la sovranità, considerata dal punto di vista delle persone e del luogo su cui si esercita, dà luogo rispettivamente alle idee di sudditanza e di territorio*”.

⁵¹⁵ FERREIRA, op. cit., t. I, p. 245.

Sorte distinta não segue o tomo II da referida obra. A proeminência dos autores é essencialmente alemã e francesa. Hauriou é destrinchado com uma maior profundidade em relação a Romano e, quanto ao discípulo deste último, Biscaretti di Ruffia é também utilizado⁵¹⁶ como elemento de robustez teórica; não necessariamente assimilado ao institucionalismo ou ao pluralismo.

Dois pontos, entretanto, devem ser registrados antes de concluir a exposição pertinente à presente obra. Duas aproximações, por assim dizer, de Pinto Ferreira ao que expõe Romano. Não que se possa afirmar ser exposição inédita realizada⁵¹⁷ por Romano, mas não se pode negar que a proximidade expositiva resta inafastável.

⁵¹⁶ Vide FERREIRA, 1957, t. II, p. 196. Nesse sentido: “Estruturam-se assim os colégios eleitorais, com o objetivo de eleger um ou mais membros do Parlamento. BISCARETTI DI RUFFIA assim o define: ‘riunione di più elettori, cui è affidato il compito di prescegliere uno o più membri del Parlamento’. São os chamados colégios eleitorais, apelidados pelos anglo-americanos de ‘constituency’”.

⁵¹⁷ Quando da publicação do *Corso di Diritto Costituzionale* (1926) Santi Romano apõe, já ao conceituar o Estado, aquela que viria a ser, quando da publicação do *Principii* (1945), a concatenação similar histórica do Estado. Pinto Ferreira referencia em seu escrito efetivamente esta segunda obra. Não obstante tal, ao expor o Estado tal qual o mencionado, não faz qualquer menção ao jurista palermitano.

Cf., ROMANO, Santi. **Corso di diritto costituzionale**. Padova: CEDAM, 1926, p. 34-35. No original: “*L’ente che oggi si designa comunemente con la parola «Stato» ha avuto e talvolta ha anche adesso altre denominazioni. I latini e i greci l’indicavano ora con le parole «civitas» e «πόλις» che propriamente si possono riferire solo ad un tipo di esso, cioè allo Stato città, allora prevalente, ora con quelle di «respublica» o «populus», che letteralmente non ne mettono in evidenza che singoli aspetti o elementi. La stessa parola «Stato», prima di assumere il senso pieno che ha attualmente, è stata per lungo tempo adoperata con significai ristretti. In latino, «status» è sinonimo di «condizione», «posizione», «ordine» o «assetto» ed è quindi nome generico che si accompagna a qualche altro termine che ne specifica il riferimento concreto: «status reipublicae», «status rei romanae», e, più tardi, «status romanus». E anche in italiano, la parola «Stato» dapprima si rinvieni, non si sa in che senso preciso, solo con qualche complemento di specificazione (Stato di Firenze, di Genova, etc.) e solo poco a poco si adopera da sola, astrattamente e quasi antonomasticamente. Ma anche quando ciò avviene – anzi tutto, in Italia, nel principio del secolo XVI, subito dopo in Francia e in Inghilterra, in seguito pure in Germania – probabilmente essa non esprime ancora la nozione integrale dello Stato. Negli stessi famosi passi del Machiavelli, che per primo l’introdusse nella letteratura scientifica, sembra che indichi, contrariamente a ciò che si è ritenuto, la signoria, il governo, il potere dello o nello Stato, più che lo Stato secondo il linguaggio moderno”. No*

mesmo sentido, quando da obra *Principii*, esmieuça Romano, com maior prolongamento: “*Il concetto di Stato è uno dei più controversi della odierna pubblicistica, non solo perchè si ricollega a parecchi altri non meno incerti, ma anche e specialmente per la sua complessità che rende difficile ravvisarne tutte le note essenziali. [...] È noto che i greci accennavano allo Stato con la parola πόλις, che, sebbene sia stata usata anche per indicare regioni e paesi (v. Leopardi, Zibaldone, 4158), più comunemente significa città e, quindi, come il corrispondente nome «civitas» adoperato dai latini per designare lo Stato, si può propriamente riferire solo ad un tipo di esso, cioè a quello di Stato-città, che era allora il più comune e, comunque, non ne mette in rilievo, almeno principalmente, che l'elemento territoriale. Non diversamente le parole latine «respublica», «imperium», «populus» ne indicano o il governo, in una forma o manifestazione particolare, o l'elemento della popolazione. Lo stesso vocabolo «Stato», prima di assumere il senso pieno che ha attualmente, ha avuto per lungo tempo significati ristretti. In latino «status» è sinonimo di «condizione», «posizione», «ordine» o «assetto» ed è quindi nome generico che si accompagna a qualche altro termine che ne specifica il riferimento concreto: «status reipublicae», «status rei romanae» e, più tardi, «status romanus». E anche in italiano, la parola «Stato» dapprima si rinviene, non si sa in che senso preciso, ma probabilmente nel senso di «terra» o «territorio», solo con qualche complemento di specificazione (Stato di Firenze, di Genova, etc.) e solo a poco a poco viene adoperata senz'altra aggiunta. Quando siffatto uso si sia affermato non è ben noto, ma certo in Italia, anche prima del secolo XVI, almeno nel linguaggio popolare; subito dopo in Francia e in Inghilterra; in seguito pure in Germania. Nella letteratura scientifica, la parola Stato si trova per la prima volta adoperata dal Machiavelli, sembra in senso coincidente a quello moderno, sebbene da qualcuno si sia creduto che essa indicasse piuttosto la signoria, il governo, il potere dello Stato o nello Stato, il che non è esatto, come si può desumere da quei passi in cui, se mai, si pone in particolare evidenza l'elemento del territorio, in conformità del resto all'uso popolare che il Machiavelli non fece che seguire, sia pure estendendolo e integrandolo con riguardo ad altri elementi o aspetti che mano mano prendeva in considerazione. Anche adesso, invece, della parola «Stato», se ne adoperano, come suoi sinonimi, delle altre, così nel linguaggio comune come in quello legislativo. Per esempio, nella terminologia francese, ricorre frequentemente il termine «nation»; nelle relazioni internazionali si parla spesso di «potenze»; molte volte si ritorna all'antica tendenza di indicare lo Stato con la qualità del suo sovrano o del suo governo: «impero», «regno», «monarchia», «principato», «ducato», «repubblica» etc., ed è sintomatico che qualcuna di queste parole continua ad essere adoperata anche quando, cambiata la forma di governo, essa non sarebbe più adatta: così, la Germania continua a qualificarsi come «Impero». Comunque, il richiamo alla varietà della terminologia e alle oscure vicende di essa, che sono anche vicende del concetto, serve a mettere in guardia contro il pericolo di formulare il concetto medesimo,*

Ao tratar “O Conceito do Estado”, expõe Pinto Ferreira:

A expressão Estado, que constitui uma organização política de importância primordial, deriva de uma palavra que tem a sua origem no latim *status*. Na aludida língua, o termo *status* se empregava para significar uma condição em geral, como *status familiae*, *status libertatis*, sendo bem conhecida a conceituação dada por ULPIANO ao direito público, quando o definia como aquele concernente *ad statum rei romanae*, empregando também ULPIANO a expressão *status rei publicae* em vez de *res publica*. [...] Remontando mais longe, na antiguidade grega, nêle se encontra a expressão *polis*, ou cidade, devido a que o Estado grego era situado praticamente nos limites territoriais de uma cidade, era um Estado-cidade, ao contrário do Estado nacional ou de fronteiras nacionais que se estruturou na atualidade. Os gregos também empregavam a expressão *to koinon*, que foi justamente aquela que deu origem à tradução latina de *res publica*. Segundo assinala GROPPALI em sua *Doutrina do Estado*, ‘correspondem ao termo *res publica* os de *Commonwealth* e *Gemeinwesen*. Identificando-se, em seguida, o poder de comando com o Estado, transmudou-se a palavra *res publica* em *imperium*: o termo *reich* contudo, deriva, pela mesma razão, de *regnum*. Na baixa latinidade prevalece o termo *Status* (condição de ser), mas acompanhado de uma especificação como *status rei publicae* e em seguida Estado de Roma, de Florença, etc.’. Durante a Idade Média também se usou a expressão estado, não no sentido do Estado como uma comunidade nacional, mas para significar os estamentos do reino, como sejam, o clero, a nobreza e a burguesia, que podiam ser convocados pelo monarca, vindo a formar os ‘estados gerais’ como na França, uma espécie de Assembléia nacional, que teve alguma coisa de equivalente nas ‘côrtes’ espanholas e no parlamento da Inglaterra. [...] Mas a popularização do termo e a sua consagração definitiva na ciência

referendosi ai significati parziali che a volta a volta si sono attribuiti al vocabolo corrispondente.” Cf. ROMANO, 1945b, p. 77-78.

do Estado só vem a ter largo curso no século XVI, com MAQUIAVEL, que inicia a sua famosa obra *O Príncipe* (1413), com palavras que tiveram repercussão histórica: ‘Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm império sobre os homens, fôram e são ou repúblicas ou principados’.⁵¹⁸

A semelhança⁵¹⁹ com a exposição concatenada por Romano, sejam os conceitos, sejam as remissões situacionais são, por assim dizer, de todo

⁵¹⁸ FERREIRA, 1957, t. I, p. 79-80.

⁵¹⁹ Semelhança outra que, esta, pela pujante igualdade, impõe o também inafastável registro é, também realizada por Pinto Ferreira, naquilo que tange ao pensamento da ‘Escola francesa’ (a inserção ora realizada fora aboradada no presente trabalho, *vide* 2.2.2). Em que pese fazer menção, Pinto Ferreira, à ‘Escola francesa’ e, neste tocante, atribuir à Esmein o mérito de ‘simbolizar’ “de modo clássico tôda essa doutrinação” – pelo que faz, então, citação do original francês do referido teórico –; menciona ainda Rousseau, o autor registra, neste ponto sem qualquer referência: “Em síntese, em consequência à doutrina francesa, a soberania é a “puissance commandante” do Estado, a vontade da nação; quando a nação se organiza em Estado, a “puissance comandante” se transmuta da nação ao Estado, com o respectivo direito de formular ordens incondicionadas, aplicáveis a todos os indivíduos existentes em seu território. Tal soberania é a de que falam as célebres declarações de direito e constituições francesas (Declaração dos Direitos de 1789, art. 3; Constituição de 1791, tit. III, pr., art. 1; Declaração dos Direitos de 1792, art. 7; Declarações dos Direitos, ano III, arts. 17 e 18; Constituição do ano III, art. 2; Constituição de 1848, arts. 1 e 18). Seria conveniente apontar os elementos primaciais nesta concepção de soberania. Ela é: 1º) um poder de querer; 2º) um poder de dominação supremo; 3º) um poder de dominação independente e autônomo. 1º) A soberania é um poder de querer. A vontade pertence à nação, como pessoa moral, antes que ela se organize em Estado, e essa vontade é soberana. Quando a nação se organiza como Estado, a sua vontade se comunica com o grupo estatal, se bem que, em sua substância, continui (sic) adstrita à nação. Ou, como esclarece LÉON DUGUIT, resumindo a doutrina [...] “La nation ne se distingue pas de l’État, qui est la nation organisée fixée sur un territoire et la souveraineté, c’est la volonté de l’État nation. La souveraineté est pour l’État-personne ce qui est la volonté pour l’individu personne”. E na conclusão da técnica jurídica: a soberania, concebida como um poder da vontade estatal, é um direito subjetivo, cujo titular é o Estado.” *Vide* FERREIRA, 1957, t. I, p.187-189, e prossegue, destrinchando os tópicos respectivos (cuja extensão não se faz ora necessária). Ocorre, porém, que, não obstante a também menção ‘adjetivada’ à Esmein, Duguit pontua, em similaridade de razões: “*Dans la doctrine encore dominante en France, la souveraineté est la puissance commandante de l’État. Elle est la volonté de la*

próximas e, muito embora não se possa afirmar tê-la extraído especificamente do jurista palermitano, resta a imperiosidade do registro da similitude inafastável.

Elemento segundo de aproximação que de todo mostra-se também inafastável é a crítica exposta por Pinto Ferreira quando do trato da personalidade jurídica. Exprime, nesse liame, em proximidade não apenas com a crítica de Romano⁵²⁰ quando do *Lo Stato moderno e la sua crisi*

nation ; et la nation étant organisée en État, elle devient la puissance commandante de l'État, ou le droit de formuler des ordres inconditionnés à tous les individus se trouvant sur son territoire. M. Esmein, qui exprime bien la doctrine ordinaire, écrit : « L'État est la personnification juridique d'une nation ; c'est le sujet et le support de l'autorité publique. Ce qui constitue en droit une nation, c'est l'existence, dans une société d'hommes, d'une autorité supérieure aux volontés individuelles. Cette autorité, qui naturellement ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit, s'appelle la souveraineté. Elle a deux faces : la souveraineté intérieure, ou le droit de commander à tous les citoyens composant la nation et même à tous ceux qui résident sur le territoire national, la souveraineté extérieure, ou le droit de représenter la nation et de l'engager dans ses rapports avec les autres nations » (Droit constitutionnel, 5^e édit., 1909, p.1). C'est de la souveraineté ainsi comprise que parlent nos constitutions et nos Déclarations des droits dans des articles souvent cités. Déclaration des droits de 1789, art. 3 ; Const. 1791, tit. III, pr., art.1 ; Déclaration des droits de 1793, art. 23 et 25 ; Const. 1793, art.7 ; Déclaration des droits an III, art. 17 et 18 ; Const. de l'an III, art. 2 ; Const. 1848, art. 1 et 18. Dans cette souveraineté conçue, on distingue trois éléments. La souveraineté est : 1^o un pouvoir de vouloir ; 2^o un pouvoir de commander ; 3^o un pouvoir de commander indépendant". Cf. DUGUIT, 1911, p. 79.

⁵²⁰ Vide tópico 1.2.1 constante da parte primeira do presente trabalho. Não obstante tal, reitere-se a crítica exposta por Romano neste específico: “*Eppure anche tali fenomeni sono governati da leggi, a capo delle quali sta quella, per cui il diritto e la costituzione di un popolo rappresentano sempre il genuino prodotto della sua vita e della sua intima natura. Formulava, com'è noto, tale legge il fondatore della scuola storica del diritto, proprio nel tempo in cui, dall'improvviso sovvertimento di tutti i rapporti politici e dal formidabile urto, che aveva mandato in frantumi un mondo intero, sorgeva, come divelto dal passato, quasi come creazione ex nihilo, lo Stato moderno.*” Cf. ROMANO, 1909, p. 4.

(1909), mas também na projeção da instituição⁵²¹ como simbiose⁵²² entre as teorias então prevalentes.

A verdadeira doutrina sobre a personalidade jurídica do Estado – É incontestável a existência da personalidade jurídica do Estado, como um centro de imputação de normas, como um sujeito titular de direitos e obrigações, como uma entidade distinta dos elementos que o compõem. Deve-se aceitar, entretanto, uma concepção realista da personalidade jurídica do Estado, rejeitando-se assim tanto a doutrina de que as pessoas jurídicas, inclusive o Estado são criadas ‘ex nihilo’ pelo direito, como, de outro lado, a teoria oposta de que o Estado constitui uma pessoa real autêntica. A melhor posição doutrinária é aquela que representa o Estado como uma pessoa jurídica originária, que na ordem interna é sempre titular de direitos e obrigações, um sujeito de direito, assumindo também tal posição ou tal personalidade jurídica no campo do direito das gentes, à medida em que é reconhecido pela comunidade internacional.⁵²³

Se por um lado o autor distancia-se de Romano naquilo que pertine sobretudo à personalidade jurídica, aproxima-se, lado outro, da compreensão artificiosa do Estado. Superados estes elementos, infere-se uma leitura particularmente relegada (naquilo que tange à explícita menção/adoção) não apenas ao jurista palermitano, mas inclusive àqueles cujo acesso mostrou-se anterior cronologicamente: Orlando e Biscaretti di Ruffia. Utiliza-os, no geral, sobretudo como elemento de robustez teórica que, afora isso, restam demonstradas pelo autor de forma considerável.

⁵²¹ Acerca da proeminência originária na instituição na compreensão de Romano, reitere-se: “*Ciò significa che l’istituzione, nel senso da noi profilato, è la prima, originaria ed essenziale manifestazione del diritto. Questo non può estrinsecarsi se non in un’istituzione, e l’istituzione intanto esiste e può dirsi tale in quanto è creata e mantenuta in vita dal diritto.*” Cf. ROMANO, 1945a, p.36. Embora deva-se registrar certamente que o trato da anterioridade ou não do Direito em relação ao Estado é de todo constante no pensamento dos juristas.

⁵²² Vide, nesse sentido, a exposição específica acerca da simbiose no capítulo primeiro do presente trabalho, tópico 1.3.

⁵²³ FERREIRA, 1957, t. II, p. 41-42.

Em momento posterior, embora ainda Pinto Ferreira, ao publicar o seu ‘Curso de Direito Constitucional’⁵²⁴ (1964), destina um traçado menos complexo em relação às suas obras anteriores. Debruça-se, de forma mais específica, por sobre o traçado constitucional brasileiro e, para tanto, analisa as Constituições pátrias com as suas implicações decorrentes; análise sobretudo dogmática. A inserção de juristas pátrios é, conseqüentemente, de maior primazia pelo jurista, embora não relegue os juristas ‘clássicos’ teóricos do Estado.

Assim, expõe lado a lado Pontes de Miranda, Mirkine Guetzevitch, Aristóteles, Rui Barbosa, Dicey, Paulino Jacques, Benjamin Constant, Joaquim Nabuco, entre outros. Dentre os juristas estrangeiros, a prevalência é, novamente, para a doutrina francesa e a alemã. E, embora retrate o direito constitucional com uma visão intimamente vinculada à germânica, pontua, timidamente e de forma acessória, a compreensão de Romano⁵²⁵.

⁵²⁴ FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Freitas Bastos, 1964.

⁵²⁵ FERREIRA, *op. cit.*, p. 8-10. “Na prática e na história, o direito constitucional surgiu intimamente ligado ao regime constitucional. Êste regime constitucional limitou o poder do Estado em proveito das liberdades políticas. O direito constitucional apareceu historicamente com o objetivo de estudar tal sistema de coexistência entre o indivíduo e o Estado no regime constitucional. [...] O direito constitucional geral é ‘aquela disciplina que delinea uma série de princípios, de conceitos e de instituições que se encontram em vários direitos positivos ou em um grupo dêles para classificá-los e sistematizá-los em uma visão unitária’, como define SANTI ROMANO. [...] Depois da Itália, foi na Espanha onde logo surgiram cátedras de direito político, como também na França. [...] A primeira obra publicada é a de RAMÓN SALAS intitulada *Lições de Direito Público Constitucional*. [...] Outros autores eminentes são PEREZ SERRANO, JORGE HERAS e GARCIA PELAYO. Na Itália os grandes mestres são ORLANDO com os *Princípios de Direito Constitucional* (1899) ARANGIO-RUIZ em seu *Diritto Constitucional*. Outros nomes importantes são SANTI ROMANO em seu *Curso de Direito Constitucional* (7ª ed., 1943), afora BISCARETTI DI RUFFIA, RANELLETTI, BALLADORE PALLIERI, VIRGA, CROSA e outros. Na Inglaterra há as grandes obras iniciais de BLACK-STONE, DICEY e ANSON, afora BAGEHOT em seu estudo sobre *A Constituição Inglesa*. Entre os modernos se destacam MAITLAND, AMOS, JENNINGS, JENKS, FRAZER, KEITH, ERSKINE MAY, RAMSAY MUIR, JAMES BRYCE, HAROLD LASKI e HERMANN FINER. [...] Nos Estados Unidos se concede uma orientação pragmaticista [...] cultivada entre outros por WILSON, BURGESS, DEWEY, GARNES, MERRIAM, SABINE, WILLOUGHBY, BEARD [...] Na Alemanha os grandes mestres são [...] LABAND [...] JELLINEK [...] KELSEN, PREUSS,

Em momento histórico próximo, porém com distância teórica considerável, apresenta-se em 1957 a obra ‘Estudos de Direito Constitucional’⁵²⁶, do então catedrático de Direito Constitucional da Faculdade Nacional. Afonso Arinos⁵²⁷ (1905-1990) denota em seus escritos uma inclinação política pujante e, muito embora não esmiúce os juristas que conformaram a “grande doutrina européia”⁵²⁸, apresenta, em parte, contato com alguns dos juristas abordados de forma constante no presente trabalho.

Com forte propensão crítica, sobretudo a voltada para a política nacional, Afonso Arinos desenvolve uma leitura cujo direcionamento crítico parece inafastável. Resta clara essa aproximação ao tratar das ‘instituições políticas nacionais’⁵²⁹:

WITTMAYER, STIER SOMLÓ, ANSCHUETZ, THOMA, SMEND, HELLER e SCHMITT [...] Depois da segunda guerra mundial [...] LAUN, GIESE, APELT, HELFRITZ e NAWIASKY.”

⁵²⁶ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

⁵²⁷ Afonso Arinos de Melo Franco (1905-1990). Natural de Belo Horizonte, graduou-se em direito em 1927 na então Faculdade Nacional de Direito, onde se torna, posteriormente, catedrático de Direito Constitucional. Torna-se deputado federal por Minas Gerais, anos após integrar manifesto contra o Estado Novo e o retorno da democracia. Eleito senador pelo Rio de Janeiro, onde permanece até a sua nomeação para Ministro das Relações Exteriores, no governo de Jânio Quadros. Viu nomeada a comissão provisória de estudos constitucionais com o seu nome ‘Comissão Afonso Arinos’, movimento realizado por Sarney. Falece em 1990 enquanto senador filiado ao Partido da Social Democracia Brasileira.

⁵²⁸ FRANCO, *op. cit.*, p. 291. Esclareça-se, entretanto, a asserção realizada pelo autor: “Os grandes juristas italianos dos primeiros 20 anos do século XX, cujo nome mais excelso no Direito Público é o de VÍTOR MANUEL ORLANDO, juristas que construíram, juntamente com os franceses e os alemães, a grande doutrina européia do direito democrático-parlamentar, foram sendo substituídos por autores de uma literatura de circunstância, prisioneira da doutrina totalitária. O expediente usado foi o de diminuir o mais possível a parte de teoria geral e direito comparado, limitando-se os livros a conter predominantemente um panorama descritivo e expositivo das instituições vigentes. Foi, de resto, o que ocorreu também na Alemanha, e nos demais países subjugados por ditaduras, inclusive o Brasil, onde alguns ‘juristas’ de hoje parecem ressuscitar a técnica e os métodos dos seus colegas do Estado Novo.”

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 174-175. Nesse mesmo sentido, ao abordar a Crise dos Partidos Brasileiros no que pertine à solidariedade e peculiaridade dos fatos sociais, afirma que: “A primeira observação que desejáramos fazer é sobre a solidariedade e a peculiaridade dos fatos sociais que condicionam a vida política. Se considerarmos, como aconselha a boa técnica sociológica e mesmo jurídica, a

Com efeito, a ciência do Direito Público não é um raciocínio lógico e abstrato, mas uma ciência essencialmente histórica, que deve apreender a realidade social para enquadrá-la nas fórmulas jurídicas. Por isso mesmo HAURIUO escreve que o método para o estudo do Direito Constitucional é o histórico, baseado na observação de como as instituições constitucionais evoluíram historicamente (*Précis de Droit Constitutionnel*, 1930, pág. 2). Foi essa observação resumida da instituição parlamentar, em contato com a história política brasileira, que procuramos fazer nas páginas antecedentes. Chegamos, agora, ao ponto de examinar substancialmente a emenda nº 4, nos seus aspectos mais concretos e nas suas repercussões mais profundas.⁵³⁰

Há uma abordagem do autor acerca das denominadas ‘doutrinas antiliberais e suas consequências jurídicas’ na qual são inseridos, dentre outros, Lenin, Hitler, Mussolini, Stálin e, assimilado também, menções à Vargas. Há, portanto, uma proeminência bastante crítica à inclinação sobretudo política⁵³¹, relegando o jurista, desta feita, a teorização em si de forma específica.

nação como um conjunto de grupos de várias naturezas, agindo em função de interesses de que o Estado é o supremo árbitro, verificaremos que, do ponto de vista social, o partido não se distingue essencialmente dos demais grupos ou instituições (tomada esta palavra no sentido que lhe atribuiu Hauriou) que coexistem dentro da sociedade, tais como a Igreja, as entidades de classe e outros. Desta premissa decorre que os fatores influentes na vida e no comportamento dos partidos, em dado momento histórico, são os mesmos que se fazem sentir no comportamento e na vida dos demais grupos sociais, respeitadas, naturalmente, as condições especiais de origem, de atribuições legais e de finalidade específica de qualquer dêles”.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 52.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 291-292. Nesse sentido: “Na Itália, como no Brasil, como na Alemanha, como na Rússia ditatoriais tal ‘escola’ de Direito Público não desdenhava, antes se comprazia, em descer da dignidade científica para entrar no culto religioso dos chefes e guias. E esta repugnante submissão era explicada pelo princípio da manutenção da autoridade nacional e da ordem pública, invocado sempre em tais ocasiões. [...] Na Itália, em livro sério, escrito por destacados ‘teóricos’ do fascismo, lê-se o seguinte: ‘A Câmara estava febrilmente agitada. Ele (*o Duce*) desce da tribuna, passa pela cadeira de um membro do partido católico nacional filofascista, olha-o, sorri pacatamente e murmura em voz baixa:

Decorridos 19 anos da publicação anterior, desta feita com um trato mais específico e também, por assim dizer, detido de forma mais atenta a determinados conceitos teóricos – *e.g.* teoria da constituição –, não obstante a ‘perdurável’ carga política de atuação considerável, semeia então seu ‘Direito Constitucional: Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil (1976)⁵³². Obra na qual verifica-se, por não raros trechos, a forte presença do termo instituição, inclusive naquilo que tange ao Estado, o qual “como instituição jurídica, pode surgir de várias formas e o Poder Constituinte toma as modalidades correspondentes à formação do Estado. É matéria que deve ser examinada de maneira concreta e não abstrata”⁵³³.

‘bom dia, N.’. E continua. No intervalo que se seguiu, o deputado, em carta à mulher, começada antes da sessão, ajunta súbito: ‘êle me sorriu e me saudou’, e a felicidade daquele momento encheu em um piscar de olhos quatro páginas’ (GINO ARIAS, BALBINO GIULIANO e outros, *Mussolini e il suo fascismo*, com introdução de MUSSOLINI, Florença, 1926, pág. 6). Na Alemanha um escritor e sábio da categoria de WERNER SOMBART ‘foi bastante descarado (bold) – diz VON MISES – ‘para assegurar francamente que o *Fuehrer* recebia suas ordens de Deus, o supremo *Fuehrer* do Universo, e que a missão do *Fuehrer* é a permanente Revelação’ (VON MISES, ob. cit. Prefácio). Quanto à Rússia de STALINE o discurso mundialmente famoso de KRUSCHEV se incumbiu de mostrar o que foi a divinização do tirano. Sôbre o Brasil do Estado Novo também não desejo insistir. Sabemos que foi aquela propaganda dirigida para a construção do mito VARGAS. É uma página triste, que preferimos esquecer a relembrar. Continuemos a recordar as consequências jurídicas que o princípio da supressão dos direitos individuais trouxe para a Itália. [...] Em decretos sucessivos, que violavam a Constituição, o pobre rei, premido por MUSSOLINI, liquidou durante os anos de 1923 e 1924 com a garantia constitucional de liberdade de imprensa. Um dêstes decretos de 30 de dezembro de 1924, declarava que a imprensa era ‘um ramo do serviço público’, tal qual haveria de fazer HITLER [...]”.

⁵³² FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição.** As Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

⁵³³ *Ibid.*, p. 122. Prossegue, nesse sentido, ao tratar do Poder Constituinte: “Há países, como a França, nos quais o Estado se constitui por meio de uma integração histórica muito remota. Outros, como a Itália e a Alemanha, devem os respectivos Estados a uma recente e deliberada convergência política. Outros, como os Estados Unidos, ou Brasil, surgem em antigas Colônias, pela ruptura com as Metrôpoles. Outros, finalmente, como já foi lembrado, nascem de um reconhecimento internacional, ou de um ato voluntário do ex-poder metropolitano. Em cada uma dessas situações o Poder Constituinte, ou seja, o poder de auto-organização do Estado, apresenta as suas características próprias. Não cabe, portanto, tentar discutir a matéria com apoio de teses ou idéias puramente abstratas. A colocação jurídica do problema deve ser outra. Trata-se

Termo que não se limita associado, na presente obra, ao ente Estatal, afinal, é utilizado pelo jurista para qualificar entes outros, pois:

As instituições revolucionárias têm variado consideravelmente, segundo as feições dos três governos que se têm sucedido[...] tratando-se de instituições políticas revolucionárias, e em pleno processo de desenvolvimento, é impossível prever-se a sua evolução.⁵³⁴

Trato não distinto é o destinado à Constituição, que “correspondia [na aceção antiga] ao conteúdo das instituições governativas do Estado, quaisquer que elas fossem”⁵³⁵. Por fim, a inclinação política sobeja de forma tão clara nos escritos de Afonso Arinos que a ausência teórica resta esclarecida pelo próprio jurista ao pontuar que:

Também hoje, para os sociólogos do direito ou para os extremados positivistas jurídicos, todo Estado tem a sua Constituição, independentemente do conteúdo da mesma, pois a Constituição, assim considerada, é a ordenação jurídica do Estado, e não se concebe Estado sem ordenação jurídica.⁵³⁶

Análise ilustrativa também da aproximação do uso do conceito encontra-se em Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵³⁷. Debruçado o jurista

de saber se existe um Poder Constituinte originário e um poder Constituinte instituído. A resposta à questão é afirmativa. [...] O Poder Constituinte originário apresenta-se, ou no momento da organização do Estado, por exemplo, no caso de uma antiga Colônia que conquista a independência e elabora a sua lei constitucional, ou, também, dentro dos Estados já existentes, nas ocasiões em que revoluções, guerras externas, ou outros acontecimentos, tornam necessária a reordenação jurídica fundamental do Estado. [...] O Poder Constituinte democrático, quer originário quer instituído, reside essencialmente no povo, tomada esta palavra no seu sentido jurídico, que designa o conjunto de súditos de um Estado no gozo e uso dos direitos políticos ou de cidadania. Alguns escritores dão a tal conjunto a denominação de cidadãos ativos.” Cf. *Ibid*, p. 122-123.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 100-101.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 106.

⁵³⁶ *Id.*, loc. cit.

⁵³⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Nascido em 1934. Jurista, catedrático de Direito do Estado na Universidade de São Paulo, na qual ingressara enquanto

sobretudo sobre a teorização (dos conceitos) e, nesse caso, de todo distante de inclinações políticas mais explícitas, explicita em sua revisão ao Curso de Direito Constitucional⁵³⁸ (1971) o conceito de ordenamento. Embora, efetivamente, não se correlacione *prima facie* com a compreensão exposta por Romano, o, à época, catedrático de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo aponta caso ilustrativo, não apenas pelo contato teórico com Pinto Ferreira, e mais de perto com Miguel Reale, mas particularmente pela utilização ulterior de Santi Romano⁵³⁹.

Afirma, assim, ao apontar a parte primeira de seu trabalho:

Se modernamente compreendem as constituições bem mais do que as linhas mestras da organização política, é indubitável que delas o *ordenamento político* forma o cerne. Daí decorre impor-se como primeiro tema de estudo a análise dêste. Essa análise, todavia, não prescinde de uma indagação prévia sobre os valores que inspiram êsse ordenamento, sobre a base econômico-social que o apóia. Sem essa perquirição, o examente das instituições não passará jamais de um esartejamento do Direito. Todo ordenamento reflete uma filosofia, cada ordem jurídica implica uma cosmovisão. Quem não penetrar essa *Weltanschauung*, não poderá verdadeiramente conhecê-lo. Por outro lado, nenhum ordenamento pode existir que não tenha raízes no modo de ser da sociedade para a qual existe, nem pode prosperar se não encontrar no meio social um mínimo de condições. Por isso a primeira seção desta parte abordará os valores fundamentais e a base sócio-econômica das instituições constitucionais.⁵⁴⁰

docente em 1965; posteriormente fora ali nomeado diretor em 1973-1974. Dentre as obras publicadas: ‘A democracia possível (1972); ‘O Parlamentarismo (1993)’.

⁵³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

⁵³⁹ Embora a não proximidade no texto analisado, registre-se que consta em Ementa do então catedrático de Direito Constitucional I – Direito do Estado - na Universidade de São Paulo menção a Santi Romano. Consta especificamente da referência bibliográfica (2004) a obra que trata de anulamento dos atos administrativos escrita por Romano.

⁵⁴⁰ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 41.

Vê-se, assim, que naquele que se entendeu por definir como período pós-Reale – marco inicial no qual ter-se-ia, portanto, acesso à inicial inserção do jurista palermitano realizada por Reale – tem-se não a ausência, mas a prevalência ainda das doutrinas francesas e alemãs. À exceção do jurista Pinto Ferreira, não no que tange à prevalência francesa e alemã, mas quanto a ausência, viu-se, de forma pontual, uma tímida aproximação do jurista palermitano; é efetivamente com Orlando e Biscaretti di Ruffia com quem mantém Pinto Ferreira uma maior assimilação. Isso, entretanto, não o faz olvidar dos esboços do jurista italiano, não refletem aquela que é sua peculiar teorização, seja o institucionalismo, seja o pluralismo daí decorrente, muito embora insira-o, o jurista palermitano, no contexto da Escola de Recife, sobretudo.

3.4 A INSERÇÃO PÁTRIA DO ‘PRINCÍPIOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL GERAL’

Marco chave outro é certamente a inserção realizada em 1977⁵⁴¹ da obra *Princípios de Direito Constitucional Geral*. A primeira tradução para o português de uma obra do jurista palermitano atende, assim, não apenas a inserção de um “portentoso livro, de um autor que tão grande influência exerceu na doutrina informadora do pensamento científico hodierno inspirador do nosso direito”⁵⁴², mas aponta, especialmente, a apreensão pelo pensamento constitucional pátrio das influências mesmas do constitucionalismo moderno – naquilo que tange às influências verificadas no presente trabalho.

Corolário direto, aparente, desta tradução para o português aparece, ao menos de forma explícita, já no pensamento de José Alfredo de Oliveira Baracho (1928-2007), catedrático e também diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Há, porém, um peculiar aspecto em relação ao pensamento do jurista. Muito embora apresente em seu ‘Teoria geral do constitucionalismo’⁵⁴³ menção

⁵⁴¹ *Vide* ROMANO, 1977.

⁵⁴² Nesse sentido, confira-se a ‘Apresentação’ realizada por Geraldo Ataliba quando da tradução para o português da obra do jurista palermitano; In: ROMANO, 1977, p.V.

⁵⁴³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do constitucionalismo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 23, n. 91, p. 5-62, jul./set. 1986b. Disponível em: <

expressa à então recente obra traduzida por Maria Helena Diniz, demonstra o jurista também, no entanto, o acesso ao pensamento do jurista palermitano por vias outras – o que, porém, ocorre ainda assim em período posterior ao da tradução efetiva (1978)⁵⁴⁴.

Baracho dedica-se, de forma esmiuçada⁵⁴⁵, especialmente sobre a Teoria da Constituição e, nesse liame teórico, trata, inicialmente, de delimitar teoricamente os conceitos por ele abordados; consequentemente, apresenta os delineamentos da compreensão de *e.g.* ‘Constituição’, ‘Direito Público’, ‘Teoria do Estado’, ‘Direito Político’, entre outros.

Não que seja esta uma preocupação exclusiva do jurista, na medida em que acompanha a própria Ciência do Direito e, particularmente, do Direito Constitucional, no sentido de delimitá-lo e afastá-lo, assim, de elementos outros que não os jurídicos. Embora acompanhe a Ciência do Direito Público em si, a importância dessa delimitação se dá porquanto “essas dificuldades são maiores quando não existe longa tradição para explicar todos os elementos que a individualizam”⁵⁴⁶. Baracho, neste peculiar, não relega o trato à Ciência Política, mas antes se lho reconhece o mérito⁵⁴⁷ do reexame do formalismo jurídico naquilo que pertine à

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181702>>. Acesso em: 12 fevereiro 2017.

⁵⁴⁴ Vide BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 15, n. 58, p. 27-54, abr./jun. 1978. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181036>>. Acesso em: 08 fevereiro 2017.

⁵⁴⁵ Dentre os principais escritos do jurista, destaque-se ‘Hermenêutica Constitucional’ (1977), ‘Teoria da Constituição’ (1978), ‘Teoria geral dos partidos políticos’ (1979), ‘Imunidades Parlamentares’ (1980), ‘Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado’ (1982), ‘Legitimidade do Poder’ (1983 [1985]), ‘Descentralização do poder: federação e município (1985), ‘Teoria geral do constitucionalismo’ (1986), ‘Organização do poder: a institucionalização do Estado’ (1986), ‘A Assembléia Constituinte e o seu temário’ (1986), ‘Constituinte e segurança pública’ (1987).

⁵⁴⁶ BARACHO, 1978, p. 27.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 46. Esclareça-se, nesse sentido, que o jurista não olvida, para tanto, a imperiosa necessidade de se reconhecer as ‘forças materiais’ cujo mérito atribui também à referida orientação. Nesse sentido, pontualmente, registre-se: “[...] que o resultado dessa orientação pode ser notado no desenvolvimento dos fatores reais do poder, assinalados por Ferdinand Lassale [...] A dogmática constitucional não pode desconhecer a presença ativa dos grupos políticos e sua influência no

Teoria da Constituição. Entretanto, o aprisionamento desta àquela teria, ainda assim, impedido a sua autonomia enquanto ciência específica “ao mesmo tempo que colocou a dogmática constitucional abaixo do exame dos fatores sócio-políticos. Em muitos escritores surge uma grande sedução pela Ciência Política.”⁵⁴⁸; essa é, singularmente, uma diretriz do jurista.

Portanto, a preocupação principal do jurista é efetivamente delimitar o objeto (teórico) que corresponda à resolução da problemática inerente à própria teoria da Constituição. Embora pontue o jurista a importância primordial da doutrina alemã⁵⁴⁹ para a delimitação da Teoria da Constituição, aponta também os “fatos” que contribuíram para tal delimitação; é dizer, “a crise do formalismo jurídico e a preocupação de se chegar a um conceito substantivo de Constituição”⁵⁵⁰ aliado ao surgimento de “regimes totalitários e autoritários, que atacaram o conceito demoliberal de Constituição e as instituições aí consagradas”⁵⁵¹, encontrariam o seu ápice no período entre guerras, com a “quebra dos suportes sócio-políticos da democracia liberal” cujo refletir teórico ter-se-ia também em Kelsen e Heller⁵⁵². Esteia-se, ainda, em profunda correlação, no formalismo e no decisionismo, essencialmente o Schmittiano.

Apesar da proeminência de tais premissas utilizadas pelo jurista, e certo das influências alemã e francesa na conformação teórica, revela Baracho um elemento importante, cujo acesso à escola italiana permite-se concluir.

Várias das questões estudadas através da doutrina alemã, francesa e italiana, pela Teoria Geral do Estado, como ocorreu com Jellinek, Kelsen, Heller, Orlando, Dabin, Carré de Malberg, ou pelos

ordenamento fundamental. [...] O desconhecimento pela dogmática jurídica das realidades políticas contemporâneas, que condicionam ou relativizam o ordenamento fundamental, fere o sentimento constitucional, dificultando a adesão dos cidadãos ao conteúdo da lei fundamental”.

⁵⁴⁸ *Id.*, loc. cit.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 28. Esclarece, nesse sentido: “Duas obras são significativas na determinação da Teoria da Constituição: *Verfassungslehre*, de Carl Schmitt, e *Verfassung und Verfassungsrecht*, de Rudolf Smend.” Ponto a partir do qual atribui, então importâncias outras ‘decorrentes’.

⁵⁵⁰ *Id.*, loc. cit.

⁵⁵¹ *Id.*, loc. cit.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 29.

autores de Direito Constitucional Geral, como Santi Romano, constituem averiguações que não podem ser abandonadas, quando existe a preocupação de resolver o problema conceitual da Teoria da Constituição ou mesmo a sua independência.⁵⁵³

Apreende Baracho, nessa delimitação situacional da própria teoria, a conformação unitária europeia e, nesse contexto, o surgimento das Constituições escritas⁵⁵⁴ como elemento de ordenação estatal eficaz para o contexto europeu específico. Compreende, desta forma, o reflexo histórico das condicionantes projetadas na própria análise constitucional, as quais devem, sobremaneira, ser observadas pela própria Teoria da Constituição.

A crítica da qual parte o autor ao afirmar que “outras experiências e condicionamentos não podem ser esquecidos por uma Teoria da Constituição, para que esta não seja um vazio esqueleto normativo”⁵⁵⁵ fá-lo pontuar, utilizando-se de Karl Lowenstein, que “a Teoria da Constituição deve captar a essência e significação da Constituição, como ordenamento sistemático e unitário, tal como o faz a Teoria Geral do Estado”⁵⁵⁶.

Destes condicionamentos e experiências, utiliza-se o jurista particularmente da doutrina alemã; ponto a partir do qual, alicerçado em Schmitt, Heller, Lassale e mesmo Loewestein, correlaciona então os fatores reais de poder e as condicionantes materiais com as suas projeções respectivas na própria conformação Constitucional. É, assim, o poder constituinte originário que apontaria os elementos dessas relações na medida em que se apresentam, por conseguinte – de forma inafastável – do próprio nascimento do “Estado Constitucional moderno”⁵⁵⁷.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 28.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 30.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁵⁶ *Id. loc. cit.*

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 34. “A doutrina do poder constituinte coincide com o nascimento do Estado constitucional moderno. O autor de *Que’st-ce que le tiers État, Vues sur les moyens d’exécution dont les représentants de la France pourront disposer* e *Essai sur les privilèges* é tido como o iniciador da história constitucional européia e do processo do constitucionalismo moderno, com a fixação de três temas fundamentais: a doutrina do poder constituinte, a doutrina da representação política e a organização do controle da constitucionalidade das leis”.

Ou seja, permeia o jurista, embora não se utilize diretamente de Santi Romano – considerada a proeminência explícita dos tedescos –, os elementos concretos de conformação da Teoria Constitucional que se lhes aproxima muito. A delimitação, jurídica ou não, conformada também pelos fatores concretos – reais de poder – e o surgimento dos textos constitucionais como reflexo programático são temas, de certa forma, comuns e tratados em ambos os autores, ainda que por vias distintas⁵⁵⁸.

Nesse liame teórico, não obstante a larga exposição do pensamento alemão, sobretudo de Schmitt, sem negar-lhe os méritos inerentes, refuta-o sobremaneira enquanto arvorado naquilo que aponta como artifício criador. A falha, portanto, presente no pensamento de Schmitt é, consoante o jurista mineiro, o próprio elemento congênito: “a decisão, que é o *fiat lux*, criador das normas e que as acompanha em sua existência e aplicação”⁵⁵⁹. Eis, aqui, o que não apenas define a inclinação de

⁵⁵⁸ Nesse sentido, esclarecedora a assimilação de Sieyès com o então institucionalismo de Hauriou quando da ‘implementação da ideia fundante’ ao afirmar que “Conceito estrutural revolucionário de poder constituinte, apresenta-se como uma variante do racional-ideal, que tem relação com as idéias de Maurice Hauriou. Quando examina poder constituinte e operação constituinte, não está divorciado da exposição de Sieyès. A organização de uma operação constituinte, com um poder constituinte, que está acima dos poderes governamentais ordinários, vincula-se, também, a um procedimento especial de revisão, que dá à Constituição caráter rígido. A operação constituinte é a síntese do poder e do procedimento, sendo que o primeiro é que recebe o nome de poder constituinte, por ser o fundador. Para o entendimento de Hauriou, o poder constituinte é uma operação estrutural, que supõe um poder fundador e um procedimento de fundação.” Cf. BARACHO, 1978, p. 34.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 34-35. Esclarecedora, porém, a totalidade do pensamento exposto pelo jurista: “Conceito existencial-decisionista, baseado em Carl Schmitt, cuja visão do mundo jurídico está animada pela reação contra o normativismo e o racionalismo, de modo que a ideia de criação jurídica estatal é dominada pela ação volitiva que passa a ser conhecida como ‘decisão política’. No começo e no término do processo jurídico-político existe, para Schmitt, um elemento voluntarista, a decisão que é o *fiat lux*, criador das normas e que as acompanha em sua existência e aplicação. O decisionismo é a nota permanente da construção constitucional e jurídica desse autor. O conceito que formula de poder constituinte é o resultante da concepção de Constituição positiva, que é a consequência de sua concepção geral da ordem jurídica. O poder constituinte é a vontade política, cuja força ou autoridade é capaz de adotar a decisão concreta sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando-se esta unidade política como um todo. A explicação do poder constituinte nesta doutrina deve ser acompanhada da questão da revisão constitucional. Ao formular os

Baracho, mas precipuamente o que se lhe aproxima, neste particular, a escola italiana.

Assim, embora não se utilize do termo tal qual exposto por Romano, distancia-se notadamente da compreensão então vigente, restrita às normas, e, guardadas as peculiaridades teóricas, apresenta o direito enquanto todo, como o conjunto que envolve não apenas “um sistema de normas”, mas a própria correlação dessas com a instituição, senão:

Os grupos humanos necessitam de um sistema de normas que, aceitas, passam a atuar no comportamento de seus membros; a este relacionamento está presa a noção de instituição. A parte orgânica da Constituição está vinculada às instituições vigorantes no Estado, pelo que não podemos examiná-las de maneira a desprezar os fundamentos da Teoria da Constituição, desde que esta fornece elementos essenciais para estruturação do ordenamento jurídico estatal.⁵⁶⁰

Essa inclinação ao antiformalismo, à superação dos então ‘clássicos’ elementos da Teoria da Constituição e, portanto, a busca pela autonomia da própria teoria afastada especialmente da Ciência Política, são elementos que corroboram aquela aproximação.

Embora atribua ao modelo técnico-jurídico italiano uma “maior resistência para com a influência da Ciência Política sobre os temas constitucionais”⁵⁶¹ e reconheça, na medida dessa aproximação mais detida, falhas pontuais na doutrina italiana, não ‘acessa’ o jurista, de

conceitos derivados da Constituição, Carl Schmitt expõe o problema do que é ‘Ato Constituinte’, que só pode referir-se a decisões políticas fundamentais. Dos conceitos derivados chega-se ao entendimento de que a ‘Reforma’ não compreende o surgimento de uma nova Constituição, mas, apenas, a modificação das prescrições legal-constitucionais”.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 47.

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 45-46. Aponta, neste sentido, que: “Na Itália houve maior resistência para com a influência da Ciência Política sobre os temas constitucionais, dada a predominância do método técnico-jurídico. No entanto, muitos dos publicistas italianos não deixaram de examinar os fatores políticos: - Mortati, com o conceito de Constituição em sentido material; - Gueli e Chiarelli, nas considerações sobre regimes políticos; - Crisafulli, com a teoria sobre ‘indirizzo politico’”.

forma direta, o cerne do pensamento romaniano; aliás, trata de mencioná-lo primordialmente por meio de ‘intermediários’⁵⁶².

Entretanto, quando da conclusão daquela que se mostrou a sua pretensão, o jurista apresenta elementos de todo próximos da crítica de Romano. Faz menção expressa à influência – mormente a – ideológica que se reflete na Constituição – no caso, especificamente quando do trato prevalente dos direitos econômicos –, e, considerada a (então) atualidade concreta e o distanciamento teórico, pontua, de forma clara, ser “necessário buscar um novo conceito de Constituição e de constitucionalismo, que salve os valores essenciais passados e compreenda a atualidade”⁵⁶³, afinal:

A concepção corrente do Direito Constitucional – regulamentação das competências supremas do Estado, limitação do poder político, resguardo dos direitos individuais, típica do Estado liberal de Direito – é hoje a bandeira de uma mentalidade

⁵⁶² Explique-se. O jurista efetivamente aponta de forma expressa o nome de Santi Romano, embora o faça – neste ponto específico – de forma a portar robustez ao texto. Fornece, pelo contrário, o acesso ao pensamento do jurista palermitano por vias outras, sobretudo por meio de Jorge Xifra Heras (*Corso de Derecho Constitucional, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1957*). Aliás, mesmo o pupilo de Romano é citado de forma direta; entretanto, em sua versão espanhola (*Paolo Biscaretti di Ruffia, Derecho Constitucional, Editorial Technos, S.A. Madrid, 1965, tradução de Pablo Lucas Verdú*). Acerca deste último, Pablo Lucas Verdú, são constantes as menções ao autor por toda a extensão da obra. Menções sempre referenciadas, inclusive. Vide, nesse particular: “Várias das questões indicadas por Lucas Verdú requerem o conhecimento de conceitos, categorias e teorias elaboradas por diversas escolas: o positivismo jurídico (alemão e francês), normativismo Kelseniano, método técnico jurídico da doutrina italiana contemporânea, cujos suportes básicos são diferentes daqueles utilizados pela Ciência Política. Xifra Heras postula que o Direito Constitucional ocupa-se de três disciplinas: o Direito constitucional geral, o Direito constitucional particular e o Direito constitucional comparado. Definindo o Direito constitucional geral, com base em Santi Romano, encara-o como a disciplina que delinea uma série de princípios, conceitos e instituições que surgem nos vários direitos positivos ou em grupos, para classificá-los e sistematizá-los em uma visão unitária. Para Xifra Heras, a obra clássica desta matéria é a Teoria da Constituição, de Schmitt. [...] Convém lembrar que Pablo Lucas Verdú, no excelente prefácio sobre ‘Paolo Biscaretti di Ruffia e a ciência italiana de Direito Constitucional’, não faz qualquer menção à Teoria da Constituição, apesar de ser hoje um dos autores que têm demonstrado maior interesse pelo tema.” Cf. BARACHO, 1978, p. 49.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 53.

conservadora. [...] A Teoria da Constituição, herdeira das conquistas do passado, deve ter em conta as exigências do nosso tempo, para não ficar como puro saber formalista. [...] A teoria da Constituição não pode ficar presa aos seus elementos clássicos [...] A Teoria da Constituição ampliou a sua temática, à proporção que a sua apresentação tradicional tornou-se insuficiente, com o crescimento da importância dada à ideologia econômica consignada nas Constituições. Muitas das fórmulas clássicas não podem ficar indiferentes às profundas alterações da realidade constitucional. Uma Teoria da Constituição para o nosso tempo deve assentar-se no sistema de valores fundamentais da Constituição, partindo do pressuposto de que não são imutáveis.⁵⁶⁴

Com a permanência do trato crítico, como que em continuidade ao exposto, esmiúça, em 1986, a especificidade do ‘constitucionalismo’. A análise do jurista pauta-se precipuamente pela mesma premissa: a conceituação do termo como forma reflexa da realidade social e, destas pretensões, também o sentido inverso, é dizer, o desajuste, por assim dizer, da Constituição em relação à realidade para a (a partir da) qual se apresenta; há, em parte, a ideia central de dualismo a partir dos já expostos fatores reais de poder.

Expõe também, de forma prolongada e específica, as mais variadas concepções do constitucionalismo historicamente situadas; ou seja, busca correlacionar o substrato do constitucionalismo com a realidade da qual ou para a qual surge.

A ideia matriz do jurista é, sem a pretensão de reduzi-lo em sua complexidade específica, correlacionar no então quadro atual a conformação e a ‘afetação’ do constitucionalismo e do Estado pelas mais variadas ideologias; embora o enfoque crítico se dê sobretudo em relação às ‘ideologias liberais’. Conquanto se trate de análise histórica que aponta, de forma farta, as mais diversas ‘interferências’ refletidas na Constituição e também, *contrario sensu*, a partir da constituição – em análise similar à da racionalidade exposta por Jellinek –, Baracho busca principalmente demonstrar o descompasso⁵⁶⁵ da ‘compreensão’

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 53-54.

⁵⁶⁵ BARACHO, 1986b, p. 50. Retoma o autor novamente a compreensão de constituição material; compreende, portanto, a constituição em sentido amplo, afinal “A expressão Constituição material ou social aparece em alguns

(fundamentação do) de Estado e, por vias outras necessárias, do constitucionalismo; originado do distanciamento destes com a realidade, a partir essencialmente (reitere-se) das ingerências ideológicas.

Como se pretendesse afirmar ‘*Deutschland ist kein Staat mehr*’, porém despidido do romantismo ali inerente, pode-se afirmar, então, a aproximação teórica com a crítica exposta por Romano e mesmo Duguít, em menor parte. Àquilo que definiram como o constitucionalismo e mesmo como Estado seria qualquer outra coisa que não o constitucionalismo – e mesmo o Estado.

Efetivamente a crítica do jurista direciona-se à apropriação, no e pelo Estado, de interesses outros motivados preponderantemente pelo ‘econômico’. Seria pela prevalência desses que o Estado teria ‘absorvido’ e.g. os Conselhos Econômicos consultivos e, no limite, tê-los-ia integrado, posteriormente, à própria Constituição⁵⁶⁶. Aliado a esta perspectiva, pontua a “deterioração da representação”, no sentido de que tomam corpo os interesses econômicos que se apropriam, portanto, do Estado.

A denominação contemporânea de Estado social⁵⁶⁷ seria, assim, uma resposta destes entes ‘apropriadores’ às exigências sociais, como em

doutrinadores, chegando-se a afirmar que a Constituição política entra em desacordo com a Constituição social, porque essa é menos liberal do que a primeira. Entretanto, pensa-se, também, que a concordância entre a Constituição política e a Constituição social propicia o estabelecimento de um Estado constitucional estável. Essas relações são consideradas essenciais para a vida jurídica das instituições”.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 61. Nesse sentido, esclarecedor: “Após a Primeira Guerra Mundial apareceram os Conselhos econômicos consultivos, representando ‘interesses’, fazendo parte das Constituições. O fascismo e o nacionalismo, seguindo essas tendências, criaram organizações corporativas. Para CARL J. FRIECHICH (sic) essas estruturas corporativas pretendiam substituir o esquema representativo tradicional, apesar de esses conselhos econômicos funcionarem como complemento, não como substitutivo do sistema de representação”.

⁵⁶⁷ *Id.*, *loc. cit.* Esclareça-se: “A Constituição francesa de 1958, em seu artigo 60, consagrou a criação de um Conselho sócio-econômico nacional, refletindo a ideia de que o Estado social deveria ser constitucionalizado, também, através de mecanismos que pudessem refletir, de maneira eficaz, as novas tendências que representava. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, definiu aquele país, no art. 20, como um Estado federal, democrático e social, para completar no art. 28, que se trata de um Estado democrático e social de direito. A Constituição espanhola de 1978, em seu art. 1º, define a Espanha como um Estado social e democrático de direito. Entende MANUEL GARCÍA-PELAYO que, em termos gerais, o Estado social significa, historicamente, a

uma tentativa (também, portanto) destoada de ‘ajustar-se à realidade concreta’, na medida em que dela distante por completo.

A preocupação precípua do jurista é (insista-se) sobretudo a não correspondência da Constituição – em seu sentido amplo, ordenamental –, na totalidade da realidade que alberga, com a realidade concreta. Há, assim, a preocupação constante com essas esferas de poder menores que interferem no Estado e, por consequência, no constitucionalismo, na Constituição, etc. Disso decorre a teorização do jurista ao pretender delimitar os conceitos, pois uma vez compreendidos os objetos respectivos, podem-se tomá-los enquanto paradigma.

Certo de que crítica similar não é exclusividade de Santi Romano⁵⁶⁸; há dela sobretudo na juspublicística alemã. Entretanto, resguardados os deslocamentos temporários, o jurista certamente não avoca como solução um Estado inclinado à absorção dessas ‘totalidades’ menores, tal qual ocorre, no geral, na teorização tedesca; não pretende tampouco a supressão recíproca dessas ordens menores – naquilo que se poderia visualizar a compreensão de Romano acerca da vitalidade plural que permite, nutre e move, sobretudo, a realidade⁵⁶⁹ em sua completude.

Nessa perspectiva, utiliza-se de forma expressa de Santi Romano, muito embora utilize-o de forma (explícita) a qualificar o vocábulo constitucionalismo⁵⁷⁰. Entretanto, apõe o cerne do constitucionalismo

preocupação de adaptação do Estado tradicional ou Estado liberal burguês às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial [...]”.

⁵⁶⁸ Vide ROMANO, 1909, p. 12-13. Repise-se, muito embora esmiuçado em contexto próprio – vide parte primeira do presente trabalho, 1.2 –, a compreensão de Romano acerca destas realidades menores, do poder latente inerente ao econômico e imperiosa atuação de elementos *uti civis* para a não prevalência do econômico na realidade do Estado; ao que apõe o jurista palermitano: “*Se i tempi nostri infatti hanno accentuato quei sentimenti di equità, di umanità, di solidarietà, cui guardano con disprezzo i sostenitori della morale eroica, non è men vero che questi sentimenti corrono pericolo di mostrarsi vani, proprio quando dovrebbero soccorrere, cioè quando i contrasti sociali più si accentuano, come nell’ora presente*”.

⁵⁶⁹ Vide, nesse sentido, exposição específica do presente trabalho, 1.2.1.1 “O corporativismo como via alternativa ao Briareo?”.

⁵⁷⁰ BARACHO, 1986b, p. 13. Pontua, nesse sentido que: “SANTI ROMANO refere-se ao direito constitucional geral do Estado moderno, cujos caracteres essenciais podem ser indicados com a expressão *constitucionalismo*. Esse vocábulo designa as instituições e os princípios adotados pela maioria dos Estados a partir dos fins do século XVIII, através de um governo constitucional, em oposição ao que denomina de absoluto. Para o publicista italiano o direito constitucional dos Estados modernos resulta das instituições inglesas e outras que

como imprescindível e, ainda, utiliza-se da situação específica de determinada realidade social enquanto crítica à ‘apropriação’ de elementos constitucionais estrangeiros.

Posição que aventa contato com a crítica acerca das cartas constitucionais e a consequente apropriação – reprovada esta última, no caso, por Romano – (a partir) do ‘modelo inglês’ enquanto mera transposição⁵⁷¹ de um modelo tido como ideal; é dizer, a falha de não refletir a Constituição de um povo aquilo que representaria a sua essência inerente.

As diversas formas de propagação das ordenações jurídicas, além dos Estados em que elas se originaram, foram um momento decisivo para o constitucionalismo. A experiência inglesa teve decisiva influência nos Estados Unidos, bem como nas ordenações constitucionais de antigas colônias do Império Britânico. O constitucionalismo na Europa continental teve origens e características diferentes, mas não deixou de ter influência de vários institutos mais gerais e importantes que podem ser remontados ao direito inglês.⁵⁷²

Mister esclarecer que, apesar da crítica esboçada pelo jurista, a rejeição não implica uma postura teórica hermética, mas apenas o refutar de transposições descompassadas; isso torna-se claro ao preceituar a salutar utilização do direito comparado como forma de delimitar o cerne daquilo que o constitucionalismo em si teria em comum; além do mais, e sobretudo, também de forma a “não [...] contentar-se numa análise

delas se derivaram: ‘A instauração nestes outros Estados de ordenações constitucionais tendo caracteres mais ou menos semelhantes àqueles da ordenação inglesa deu-se de diversos modos e com diversas figuras, de forma que seria conveniente definir e distinguir’”.

⁵⁷¹ *Id.*, *loc. cit.* Afirma, em relação a Romano que “As idéias patrocinadoras do constitucionalismo divulgaram as intenções que decorreram desses movimentos revolucionários e das doutrinas que as inspiraram. A necessidade de uma Constituição escrita teve rápida difusão no Continente europeu, para depois surgir em vários locais, mesmo bem distantes. SANTI ROMANO menciona as diversas modalidades que contribuíram para a propagação do constitucionalismo. Pode operar-se pela força jurídica originária de seus textos e leis, bem como pela transmigração, com modificações parciais ou integrais”.

⁵⁷² *Ibid.*, p. 13-14.

descritiva das suas diversas instituições”⁵⁷³, afinal, “a multiplicidade dos ordenamentos jurídicos, contidos nas Constituições contemporâneas, demanda permanentes incursões no direito constitucional comparado”⁵⁷⁴.

Abordagem outra ‘peculiar’ é a verificada em relação ao jurista paraibano Paulo Bonavides. A peculiaridade verifica-se porque o jurista demonstra acesso à obra de Santi Romano em período anterior⁵⁷⁵ ao da efetiva tradução realizada por Maria Helena Diniz; e, muito embora se utilize basicamente da mesma obra traduzida, ainda que em sua versão italiana, dada a idiossincrasia da abordagem realizada, para além da atualidade das obras do jurista na conformação do pensamento jurídico pátrio, toma-se por salutar a sua análise neste ponto específico.

Neste particular, exemplifique-se a obra ‘Ciência Política’⁵⁷⁶, cuja publicação ocorrera em 1967 e, em 2016, fora revisitada em sua 23ª edição; ainda em 1967 publica a obra ‘Teoria do Estado’⁵⁷⁷, também republicada posteriormente. Em 1980 lança o seu ‘Direito Constitucional’⁵⁷⁸, que posteriormente toma o corpo de ‘Curso de Direito Constitucional’. Obras cujas publicações permitem situar, de forma correlacionada, a análise de eventuais influências decorrentes (ou não) da tradução e, na medida em que atuais – pois adotadas largamente as suas republicações – pontuam também a introdução teórica das influências pretendidas pelo presente trabalho: eis a importância da análise do jurista neste ponto particular.

Muito embora o lapso temporal, as obras guardam, no geral, idêntica abordagem.

Pontuada então uma ressalva primeira, elemento outro que impende registrar é, aparentemente simplório, o distanciamento de Bonavides em relação aos juristas pátrios anteriores que tocaram, de certa forma, e compreenderam Romano; não que se pretenda também arregimentá-los todos, os juristas pátrios, – equívoco no qual incorre Bonavides, consoante mostrar-se-á adiante –, fato é que, enquanto comparativo, não se pode negar, a partir da abordagem de Romano, os

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 62.

⁵⁷⁴ *Id.*, *loc. cit.*

⁵⁷⁵ Explícite-se, neste sentido, que Paulo Bonavides faz menção a Santi Romano em sua obra ‘Ciência Política’, a qual fora, conforme explicitado, publicada inicialmente em 1967. Entretanto, por impossibilidade de acesso ao primeiro exemplar, utilizou-se a 3ª edição, publicada ainda em 1976. Período, portanto, anterior ao da tradução mencionada.

⁵⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

⁵⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

⁵⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

esforços realizados por *e.g.* Baracho e Reale e não apontá-los em destaque na medida em que negligenciados por Bonavides. Negligência que seria justificada, eventualmente, pelo acesso direto ao ‘original’. É, a bem da verdade, o que denota Bonavides, embora a pretensão acabe por mostrar inconsistências e, por fim, destinar um trato relegado a Santi Romano.

Se, por um lado, Baracho esforça-se sobremaneira ao teorizar a ‘autonomia’ da Teoria da Constituição – notadamente em relação àquela então denominada Ciência Política – e Miguel Reale que, embora com um trato distinto, delimite de forma bastante clara os conceitos pretendidos, e, nesse sentido, os juristas por ele abordados – insere a escola italiana enquanto ‘técnico-jurídica’, além de discorrer sobre o antiformalismo –, por outro lado, Paulo Bonavides negligencia, ou evidencia o trato relegado, eventuais delimitações teóricas e, no que tange especificamente a Santi Romano, arremessa-o exatamente naquela da qual buscou, obstinadamente, distanciar-se teoricamente – no sentido da autonomia teórica.

É dizer, não obstante a publicação simultânea de ‘Ciência Política’ e ‘Teoria do Estado’, ablega Bonavides a abordagem de Santi Romano tão somente para a obra – exatamente naquela da qual buscou-se, obstinadamente, distanciar-se Romano – ‘Ciência Política’. Inserção essa que, aparentemente ingênua, desconsidera já *prima facie* não apenas todo o esforço teórico de Santi Romano, e mesmo da escola italiana, seja no que tange à delimitação dos conceitos tratados e a consequente pretensão à ‘autonomia científica’, seja no que tange ao esforço mesmo de se desvincular de tudo quanto não ‘jurídico’; mas, além disso, desconsidera também, consoante asseverado, as já acertadas análises teóricas realizadas por juristas pátrios outros – os quais não são mencionados, registre-se, por Bonavides.

Não há, pontue-se, nesse sentido, menção ou mesmo aproximação do pensamento do jurista palermitano na obra ‘Teoria do Estado’. No mesmo traçado teórico, inexistente na referida obra a abordagem ao pensamento de Hauriou e, limitada a abordagem pontual⁵⁷⁹, encontra-se

⁵⁷⁹ A inserção de Duguit, embora não referenciada, faz-se no capítulo relacionado à “origem e evolução do parlamentarismo”. Esclarecedor que o mesmo capítulo aponta o distanciamento teórico tanto de Duguit como de Romano, sobretudo ao pontuar o jurista que “E quando digo: salvação do regime, digo: conservação da estrutura democrática de nossa Pátria. Que é a democracia? A democracia, como a concebemos [...] é aquele regime a que se refere Duverger, onde o poder político se sustenta numa teoria da soberania popular [...] entendemos, com o mesmo autor francês, no modelo americano, a separação de poderes, e no modelo inglês,

Duguit. A proeminência da abordagem do jurista e, neste caso, do seu pensamento é sobretudo de influência ‘tedesca’. Hegel, Heller, Jellinek e mesmo Kant predominam as abordagens no contexto específico da obra.

No que tange à obra ‘Ciência Política’ há, de forma expressa, a ‘presença’ de Santi Romano. Entretanto, limitam-se a abordagens pontuais, reducionistas e, em parte, mesmo deslocadas do contexto específico do autor. O mesmo ‘trato’ é destinado, em parte, à escola francesa, de forma geral.

Nesse sentido, elucide-se que ao abordar o conceito de Nação *e.g.* utiliza-se Bonavides de Hauriou (André), Bodin, Klaus Hornung, dentre outros. Desconsidera, ainda, ao tratar de “a nação: um conceito equívoco?”⁵⁸⁰ qualquer menção *e.g.* à crítica marcante realizada por Duguit, mesmo por Hauriou em menor medida e, consequentemente, Romano. Ainda no mesmo traçado, quando da análise sobre “A Ciência Política e o Direito Constitucional”, ao apresentar os elementos do Estado, conceitos relacionados ao povo, território, soberania, etc., pode-se afirmar que em nada aproxima-se da escola italiana ou mesmo da escola de Bordeaux⁵⁸¹.

O trato destinado à esta última, inclusive, aponta elementos que poderiam fundamentar o trato relegado – e deslocado –, no caso, observado anteriormente. Após catalogar alguns dos conceitos que entende pertinentes, permite-se de forma menos veloz uma análise dos franceses; denota então certa proximidade específica com a teoria de Duguit, afinal:

a colaboração de poderes.”. Pontua, por fim, “Em primeiro lugar, o princípio da igualdade do poder legislativo e do poder executivo; depois, o princípio da colaboração desses dois poderes e, por fim, os meios de ação que cada um desses poderes desenvolve sobre o outro. Assim entendem Boutmy, Duguit e Burdeau.” Cf. BONAVIDES, 1980b, p. 68-71.

⁵⁸⁰ Abordagem essa presente ainda nas edições mais recentes da obra. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.79 *et. seq.*

⁵⁸¹ Neste particular, em relação à escola de Bordeaux, pontue-se que, muito embora utilize-se o jurista do conceito de Estado em Duguit, aponta rejeição àquela que é, certamente, a sua marca distintiva. “De todos os conceitos já referidos, o de Duguit é o que melhor revela os elementos constitutivos que a teoria política ordinariamente reconhece no Estado. [...] Nossa única objeção ao conceito de Estado de Duguit prende-se a um possível juízo de valor contido na afirmativa daquele jurista, segundo a qual o poder implica sempre a dominação dos mais fracos pelos mais fortes”. (BONAVIDES, 2000, p.66).

De todos os conceitos já referidos, o de Duguit é o que melhor revela os elementos constitutivos que a teoria política ordinariamente reconhece no Estado. [...] Nossa única objeção ao conceito de Estado de Duguit prende-se a um possível juízo de valor contido na afirmativa daquele jurista, segundo a qual o poder implica sempre a dominação dos mais fracos pelos mais fortes. [...] A presença por conseguinte dessa conotação subjetivista (a crença do autor de que o Estado exprime a dominação dos mais fortes sobre os mais fracos) obriga-nos a rejeitar o conceito de Duguit. [!] Gostaríamos pois de substituí-lo por um outro, que se nos afigura tão completo quanto aquele em enumerar também os elementos constitutivos do Estado. Formulou-o Jellinek quando disse que o Estado ‘é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando’.⁵⁸²

Ou seja, retira de Duguit aquele que certamente é o elemento caracterizador de sua teoria: o Estado como fato social no qual, então, verifica-se a distinção entre governantes e governados. Bonavides, neste particular, nada menciona (inclusive) acerca da ‘vinculação’ à interdependência social ou mesmo da limitação dos governantes, conforme claramente exposto no pensamento de Duguit. E, muito embora “substitua-o” por Jellinek, olvida de que para este há também, em menor grau, a distinção entre os grupos e, exatamente daí, a necessidade de um Estado forte, limitado tão somente pelo Direito – que por sua vez deve ser compreendido como aquele decorrente do dualismo, consoante asseverado anteriormente.

Se, por um lado, é verdade, Duguit apõe uma crença na interdependência social como elemento ‘limitador’ do político, Jellinek, por outro, apõe tão romantizada visão também no Direito como limitador de tudo quanto político, limitações essas não tocadas pelo jurista; é este, no geral, o trato realizado por Bonavides.

Santi Romano, naquilo em que é reportado na obra ‘Ciência Política’, pode-se afirmar, é utilizado meramente como elemento de pretensa robustez argumentativa, sobretudo porque inserido, o jurista palermitano, no capítulo ‘As uniões de Estados’ e ‘Os institutos da democracia semidireta’. Acerca da primeira, apõe Bonavides que

⁵⁸² BONAVIDES, 2000, p.66-67.

ocorreria a união quando um mesmo monarca, por motivos diversos, restasse ‘no trono’ de dois Estados distintos; entretanto, cada qual com a sua independência, ao que afirma:

Alguns Estados monárquicos chegam a tomar medidas acauteladoras contra essa forma de União que, juridicamente irrelevante ou inexistente (Santi Romano), tem todavia considerável importância política. Sob esse último aspecto, por exemplo – o político, a União Pessoal faz impossível, ou pelo menos absurda, a guerra dos Estados participantes, que levaria um monarca a encetar a guerra contra si mesmo. O paralelismo dos dois ordenamentos jurídicos distintos não exclui todavia a celebração de tratados e alianças entre os Estados admitindo-se politicamente a hipótese de um estar em paz e o outro estar em guerra com terceiros.⁵⁸³

Abordagem similar é utilizada quando da especificação da ‘união real’ entre Estados. Utilizando-se assim de Romano, ao afirmar que: “o conspícuo jurista italiano entende ainda que referidas teorias são errôneas e insustentáveis, achando que a União Real, embora originária de uma situação de fato, pode todavia adquirir caráter ‘plenamente jurídico’”⁵⁸⁴.

Não apresenta, portanto, Bonavides a compreensão de Romano⁵⁸⁵ acerca do ordenamento, instituição, e nem tampouco acerca da própria compreensão referente ao direito internacional como “constelação

⁵⁸³ BONAVIDES, 1976, p.182.

⁵⁸⁴ BONAVIDES, 1976, p.184.

⁵⁸⁵ Ilustre-se, nesse sentido, o que apõe Romano quando do trato da formação do Reino da Itália. ROMANO, Santi. **I caratteri giuridici della formazione del regno d'Italia**. Roma: Athenaeum, 1912, p. 4 et seq. : “*Il linguaggio comune designa il procedimento di formazione del nostro Regno come un ‘unificazione’ degli Stati e domini prima esistenti in Italia. Senonchè la parola ‘unificazione’ non ha un significato tecnico de univoco, giacchè si presta a indicare diverse figure, che invece la dottrina, più o meno nettamente ed esattamente, distingue, e fra queste l’annessione o incorporazione (unio per incorporationem) e la fusione (unio extintiva o per confusionem). Non è questo il luogo per analizzare diffusamente i caratteri differenziali dell’una rispetto all’altra: gioverà tuttavia rilevare che l’annessione o incorporazione non produce mai la nascita di uno Stato nuovo, ma la semplice modificazione di uno Stato, al quale si unisce un territorio o anche un altro Stato intero, che così si estingue; mentre la fusione ha per effetto caratteristico l’estinzione di tutti gli Stati che si uniscono e la formazione con i loro elementi di uno Stato nuovo*”.

máxima do universo jurídico”⁵⁸⁶, de forma a correlacioná-lo, devidamente, com o contexto da inserção. Refuta, portanto, a condição de ‘plenamente jurídico’ que segue, conforme premissas essenciais do jurista palermitano, todo e qualquer ordenamento.

Abordagem outra secundária, constante ainda nas edições mais atuais, é a inserção de Romano no trato do plebiscito e do *referendum*. Faz, assim, Bonavides menção genérica ao apontar que:

[...] teria por objeto medidas políticas, matéria constitucional, tudo quanto se referisse à ‘estrutura essencial do Estado ou de seu governo’, à modificação ou conservação das formas políticas, como se expressa na doutrina italiana dominante (Santi Romano, Ruffia, Mortati).⁵⁸⁷

Abordagem distinta não se verifica na obra publicada em 1980, ‘Direito Constitucional’. Pontuais e, mais claramente descontextualizadas são as inserções de Romano; isso se considerado o pensamento geral do jurista palermitano. Entretanto, indica Bonavides um acesso a obras outras para além do *Principii*, a exemplo do *Frammenti*. Reflexo de tal premissa, apõe Bonavides inserção secundária ao jurista palermitano que, contextualizado na totalidade do seu pensamento, mostra-se de todo descabida; no limite, aponta as contradições e obscuridades verificadas na obra de Bonavides.

Abordagem inicial é lançada já naquela que se pode definir como página ‘primeira’ do trabalho. Diferentemente da “Ciência Política”, tal qual o traçado geral dos demais constitucionalistas, o objeto inicial apresenta-se justamente enquanto delimitação daquele que se poderia definir como Direito Constitucional. Aponta, então, em seu primeiro

⁵⁸⁶ Vide ROMANO, 1945a, p. 94. No original: “*La costellazione massima dell’universo giuridico non è dunque lo Stato, ma tale comunità, in cui esso si compenetra, sia pure in minor grado di quanto altri enti non si compenetrino, alla loro volta, nello Stato. Da questo punto di vista, si comprende meglio la separazione, che ormai è generalmente ammessa, fra l’ordine giuridico statuale e quello internazionale: donde la possibilità che il primo contenga elementi contrari a quelli del secondo, e vice-versa, senza che ciò infirmi o detragga qualche cosa al loro rispettivo carattere giuridico. Ciascuno di essi è indipendente ed ha una propria autonomia, in modo che nel suo ambito esplica liberamente la sua vita e la sua forza. Partendo da premesse diverse, il contrasto fra il diritto internazionale e quello statuale non dovrebbe ritenersi ammissibile*”.

⁵⁸⁷ BONAVIDES, 2000, p.288.

parágrafo uma valoração à Romano, afinal “Publicistas acorrentados a uma velha imagem de Pellegrini-Rossi costumam ver no Direito Constitucional o tronco do qual derivam todos os ramos do direito positivo (Pergolesi e Santi Romano)”⁵⁸⁸.

Após correlacionar, então, a “hegemonia” do Direito Constitucional e, no que pertine ao século XX, alegar que “cada vez mais se aparta da teoria Pura do Direito e se acerca da Ciência Política”, conclui novamente com Romano ao apor que ““o Direito Constitucional pode, em resumo, definir-se como o ordenamento supremo do Estado”, Santi Romano postula, do ponto de vista material, a equivalência dos termos Constituição e Direito Constitucional”⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ BONAVIDES, 1980a, p. 1.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 1-2. Ilustrativo da abordagem exposta por Bonavides é que, muito embora efetivamente Romano aponte, na parte final de sua exposição inicial aquele que fora o ‘trecho’ a definir o direito constitucional, Santi Romano apõe, para além das inúmeras variantes expostas, em sua linha inicial que: “*I – Costituzione e Diritto Costituzionale – Ogni ente o corpo sociale, ossia ogni istituzione, intesa questa parola nel senso tecnico per cui essa è sinonimo di ente o corpo sociale, ha una struttura, un assetto, uno status, un ordinamento, più o meno stabile e permanente, che riduce ad unità gli elementi che lo compongono e gli conferiscono una propria individualità e una propria vita. La parte fondamentale ed essenziale di tale struttura, quella su cui poggiano tutte le altre parti, le quali, quindi, la presuppongono, nonché quella che ne rappresenta la prima armatura e i muri maestri, dicesi «costituzione», in uno dei significati, il c. d. significato materiale o sostanziale, in cui questa parola è adoperata. Si può, per conseguenza, parlare con esattezza, e infatti si parla, della costituzione, p. es., della comunità internazionale, della Chiesa, di un comune, di una associazione, e così via. Però, quando si parla della costituzione, senza alcuna specificazione e come per antonomasia, oppure della costituzione italiana, inglese, francese, etc., si intende accennare alla costituzione dello Stato in genere o di uno Stato determinato*”. Cf. ROMANO, 1945b, p. 19. Após o que passa Romano então a apresentar as distintas acepções de Constituição, que não, tal qual depreende-se, reduzidas à organização suprema do Estado. Nesse sentido, esclarecedor apor (sem reduzi-las, visto que Romano destrincha-as, as significações, em diversas perspectivas) uma das assertivas: “*Costituzione in senso materiale e diritto costituzionale sono espressioni equivalenti. Costituzione, infatti, significa, come si è detto, assetto o ordinamento che determina la posizione, in sé e per sé e nei reciproci rapporti che ne derivano, dei vari elementi dello Stato, e, quindi, il suo funzionamento, l’attività, la linea di condotta per lo stesso Stato e per coloro che ne fanno parte e ne dipendono. [...] Il diritto costituzionale è perciò, come si vedrà meglio più avanti, il diritto che segna la stessa esistenza dello Stato, il quale comincia ad aver vita solo quando ha una qualche costituzione; gli dà una forma e, per dir così, una*

Não que, tal qual exposto por Bonavides, reste distinta de tantas outras teorias a ‘definição’ do Direito Constitucional, afinal, entre os constitucionalistas ao menos, raros os que não veem na Constituição senão o ‘ordenamento supremo’ do Estado. O que se deve daí extrair é a redução – de forma efetiva – de todo o pensamento do jurista palermitano, seja das premissas utilizadas, seja das teorizações acessórias que delas surgem.

A negligência no que toca às premissas utilizadas e a inserção – equivocada – de Romano naquilo que pretende enquanto séquito teórico acabam por fazer incorrer Bonavides – ou explicitam, no caso – a incompreensão⁵⁹⁰ das correntes teóricas avocadas e, consequentemente, a

determinata fisionomia; pone e collega i suoi elementi essenziali e, quindi, anche le persone e le istituzioni minori che concorrono a tale sua struttura; circoscrive la sua sfera di efficienza; ne indica i fini e gli interesse fondamentali, nonché i poteri, i diritti e gli obblighi che, in ordine ad essi, sono attribuiti ai vari soggetti; organizza il suo governo, cioè l'insieme dei congegni per mezzo dei quali quegli interessi sono perseguiti e quei poteri o diritti vengono esercitati; pone, regolandole, le altrui libertà o autonomie; fissa i principi più generali, da cui si svolgono quelli particolari dei vari rami del suo ordinamento. Tenendo presenti tutte queste precisazioni e sottointendendole, assieme alle altre più concrete che possono risultare soltanto da una sua completa trattazione, il diritto costituzionale può in breve definirsi l'ordinamento supremo dello Stato.” Cf. Ibid., p. 20-21.

⁵⁹⁰ À título ilustrativo, meramente, pontue-se – novamente – o que apõe Bonavides: “O Direito Constitucional e a Ciência Política – É com a Ciência Política, fora das ciências jurídicas, que o Direito Constitucional mantém mais apertados vínculos. [...] Traço este de observação usual e de toda a clareza na orientação didática que modernos autores franceses têm, de último, imprimido às suas obras [...]” Cf. BONAVIDES, 1980a, p. 18; Em continuidade, porém (para ater-se tão somente à obra ‘tocada’ por Bonavides) acerca da teorização respectiva, pontua Romano: “*Senonchè l'errore dell'opzione di cui si è fatto cenno è evidente. Ogni Stato è per definizione, come si vedrà meglio in seguito (VI, §2), un ordinamento giuridico, e non si può immaginare, quindi, in nessuna sua forma fuori del diritto. Qualunque sia il suo governo e qualunque sia il giudizio che se ne potrà dare dal punto di vista politico, esso non può non avere una costituzione e questa non può non essere giuridica, perché costituzione significa niente altro che ordinamento costituzionale.*” Cf. ROMANO, 1945b, p.21-22. Prossiga-se, ainda, em corolário outro – no que tange tão somente à premissa ora avocada, é dizer, tão somente à título ilustrativo da assertiva acerca da incompreensão inerente –, de forma comparada; o que assevera Bonavides (ainda quando do trato do ‘Direito Constitucional’, nestes termos: “É de observar, todavia, que não haverá lugar para a liberdade e a segurança dos cidadãos no constitucionalismo social e suas instituições políticas se este não se converter num

contradição inerente teórica; ao abordar os ‘elementos do Estado’, no que tange à população e ao povo, apõe que:

O status civitatis ou estado de cidadania define basicamente a capacidade pública do indivíduo, a soma dos direitos políticos e deveres que ele tem perante o Estado. Orlando foi demasiado longe na latitude do conceito quando abrangeu nesse status também os direitos e deveres de natureza privada.⁵⁹¹

Certo de que o *status* do indivíduo decorre senão da relação e da integração mesma deste com o Estado e, portanto, não pode ser considerado de forma outra que não a partir do próprio Estado, utiliza Bonavides as premissas equivocadas, as quais, por conseguinte, passa a refutar os corolários decorrentes.

constitucionalismo jurídico [...]” Cf. BONAVIDES, *op. cit.*, p. 8. Porém, para além da já asseverada asserção de Romano (acerca da única possibilidade de constitucionalismo jurídico!), o próprio jurista palermitano, após pontuar (a avocada por Bonavides) equivalência entre constituição em senso material e direito constitucional – definindo, posteriormente, aquele que vem a ser direito constitucional –, assevera que: “*L’equivalenza fra costituzione e diritto costituzionale è stata ed è tuttavia negata da diversi punti di vista. Anzitutto, perchè si è negata la verità così semplice e intuitiva che ogni Stato ha e non può non avere il suo diritto costituzionale. Si è creduto, cioè, di dovere distinguere due specie di costituzioni: le une giuridiche, che darebbero perciò luogo al diritto costituzionale; le altre soltanto di fatto, che, per conseguenza, non si tradurrebbero in un ordinamento giuridico. Si avrebbero le prime quando i poteri supremi dello Stato o che nello Stato imperano fossero da essa limitati [...] E sempre in base a tale principio, nel campo della dottrina si è spesso ritenuto e da qualcuno si ritiene ancora, che diritto costituzionale sia soltanto quello dello Stato a regime e. d. libero, o, specificando di più, con riguardo alla figura che tale regime ha assunto nello Stato moderno, quello dello Stato «rappresentativo», mentre un diritto costituzionale non avrebbero gli Stati e. d. assoluti o dispotici o anche semiliberi. Da queste vedute è derivata la terminologia, sempre in uso, ma che oramai ha un significato convenzionale che non è più dependente da esse, che riserva la denominazione di «Stato costituzionale» a quegli Stati il cui regime, risulti o non risulti da una carta scritta, corrisponda al tipo sudetto (sic), cioè non sia assoluto. Senonchè l’errore dell’opinione di cui si è fatto cenno è evidente.*” Cf. ROMANO, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁹¹ BONAVIDES, 2000, p. 77.

Reitere-se, por necessário, que embora utilize menção expressa à Orlando⁵⁹², a premissa mostra-se em similitude com a exposta por Romano e, inclusive, resguardadas as peculiaridades, com a compreensão do Estado e dos *status* mesmo em Jellinek.

Neste mesmo liame, insere Bonavides o pensamento do jurista palermitano quando do trato do Direito Constitucional Comparado, e mesmo com o Direito Constitucional Geral. Inserções que, na pretensão de apresentar robustez, deslocam sobremaneira o pensamento do jurista palermitano. O deslocamento fica ainda mais evidente ao deixar claro, Bonavides, a distância acerca da compreensão crítica exposta por Romano, sobretudo a partir da compreensão da premissa do Estado totalizante, o que, ainda assim, fá-lo inserir que:

Ponto de convergência de vários ramos da Ciência constitucional [...] vêem no Direito Constitucional Geral a ‘parte fundamental’ da teoria geral do Direito Positivo ou, de modo mais preciso, a ‘teoria geral do Direito Constitucional’ (Santi Romano).⁵⁹³

Há, porém, exceção à compreensão deslocada e contraditória aposta por Bonavides. Não obstante decorra referida compreensão também do corolário totalizante do Estado e da compreensão de Direito Constitucional – Direito Público – utilizada por Romano, Bonavides

⁵⁹² Outra não pode restar a conclusão da análise expositiva de Orlando, sobretudo se considerada a inserção da exposição em seu livro primeiro ‘*Lo Stato e il Diritto Pubblico*’. Cf. ORLANDO, V. E. **Principii di diritto costituzionale**. 5. ed. Firenze: G. Barbèra, 1928. p. 26. Senão: “*Gl’individui, considerati nel loro insieme e nell’appartenenza allo Stato, formano il popolo [pontue-se que em relação ao povo faz menção expressa Orlando a Ranelletti, Donati ou mesmo o Jellinek, cuja definição de Estado utiliza-se Bonavides], considerati individualmente e nella stessa appartenenza, costituiscono i cittadini dello Stato. Oltre che per il vincolo politico, possono, alle volte, stare uniti allo Stato per opera di un altro vincolo, di ordine interno, quello della nazionalità. In tali casi lo Stato è l’ordinamento giuridico della nazione. Nei cittadini l’appartenenza allo Stato implica, a differenza di quanto avviene negli stranieri, una continua subordinazione allo Stato e il diritto di partecipare al governo del medesimo. Solo essi debbono, ovunque si trovino, obbedienza alle leggi dello Stato e possono imprimere all’attività statuale le direttive rispondenti al loro vantaggio collettivo. Sono ordinati giuridicamente, in base al principio dell’eguaglianza, ed hanno diritti e doveri, pubblici o privati.*” Neste mesmo sentido, no que pertine ao pensamento específico de Romano, vide tópico 1 do presente trabalho.

⁵⁹³ BONAVIDES, 1980a, p. 10.

contrapõem-na à visão de Kelsen, a favor de quem resta abertamente inclinado.

Esta é, aliás, a aproximação mais assertiva e acurada da qual se utiliza Bonavides; e o fato mesmo de rejeitá-la declaradamente aporta o distanciamento inafastável entre o pensamento do jurista palermitano e o pensamento de Bonavides. Após expor o ‘problema das normas constitucionais’, e ‘restar’ inclinado à Kelsen, conclui que:

A posição mais singular e radical se nos depara porém em Santi Romano, ao declarar que o problema do destinatário das normas é um ‘falso problema’: o ordenamento jurídico não tem destinatários; se o problema até agora permaneceu insolúvel é porque não existe e não pode ser suscitado [...] A conclusão que se tira das profundas reflexões críticas de Santi Romano é que ele proclama a unidade mais ou menos compacta do ordenamento jurídico e a íntima conexão que se estabelece entre as distintas normas, de modo a não consentir se possa isolar de modo completo nenhuma delas, donde a inteira impossibilidade de especificar-lhe os destinatários.⁵⁹⁴

Ou seja, Bonavides pretende inserir a visão ordenamental de Romano quando do contexto de ‘análise das normas – programáticas ou não; olvida, assim, que o esforço inicial do jurista palermitano é obstinadamente o dissociar toda e qualquer classificação sobretudo fundada em ‘caracteres formais’. Olvida ainda o próprio distanciamento reducionista do ordenamento jurídico como para muito além da norma em si. Certo, portanto, que ao forçar a inserção de Romano na classificação de normas é singular desvio do jurista.

O relegar exteriorizado por Bonavides, muito embora aponte *a contrario* certo contato com a leitura do jurista italiano, demonstra de forma clara o distanciamento teórico existente entre ambos.

Após esmiuçar “a teoria das Constituições, produto da razão humana, ou seja, de reflexões racionalistas acerca de um modelo lógico de organização política da Sociedade”⁵⁹⁵, conclui a inserção à teoria das normas constitucionais afirmando que “Quando Robespierre afirmou que a Declaração de Direitos é a Constituição de todos os povos, estava ele a

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 201-202.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 183.

expressar com exemplar clareza e correção a filosofia de que vem impregnada toda a substância e conteúdo das disposições constitucionais”⁵⁹⁶. Prossegue, então, após apor que “A Constituição veio a exteriorizar, pois, num instrumento escrito, adquirindo aspecto formal”⁵⁹⁷, de forma clara, na adesão de tudo quanto obstinadamente, – pois constante elemento nevralgico da crítica realizada *e.g.* quando das cartas constitucionais –, rechaçado por Romano fora.

Além do mais, ao debruçar-se o jurista por sobre o caráter normativo⁵⁹⁸ ou não das declarações e, no caso, inclusive dos ‘preâmbulos’, na medida em que integrantes também, consoante assevera, do instrumento escrito, afirma Bonavides que:

A doutrina francesa não raro lhes negou valor jurídico, atribuindo-lhes importância primordialmente política. Essa doutrina, elaborada já no século XX por publicistas como Esmein, Hauriou e Carré de Malberg, distingue o valor *político* das declarações do valor *jurídico* das garantias dos Direitos. As primeiras, sem caráter normativo; as segundas, como parte positiva do texto constitucional, ‘disciplinando direitos públicos subjetivos constitucionalmente garantidos’. A corrente de publicistas presos a esse entendimento reduziu conseqüentemente sua visão interpretativa das Declarações à identificação nelas de um mero conjunto de princípios gerais e abstratos, desprovidos de natureza jurídica, sem

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 184.

⁵⁹⁷ *Id.*, *loc. cit.*

⁵⁹⁸ A não aceitação ou não compreensão do pensamento do jurista palermitano parece, efetivamente, centrar-se na superação da ‘juridicidade’ para além da norma, para além daquilo que se lhe apresenta escrito. Nesse sentido, ilustrativa a crítica aposta por Bonavides ao inclinar-se em Kelsen: “Sua [Romano] crítica à noção de destinatário prossegue com a assertiva de que ainda admitindo, conforme a teoria tradicional, seja o ordenamento jurídico composto exclusivamente de normas, nem por isso seria ele integralmente e sempre um ‘ius voluntarium’, com destinatários conhecidos e determinados. Isto em virtude do costume que, segundo Santi Romano, configura a existência ou presença de um ‘ius involuntarium’. Aliás a réplica das doutrinas voluntaristas se manifesta impotente, segundo ele, para desconhecer ou alterar essa realidade dos ordenamentos jurídicos, ainda quando têm recurso ao argumento de que o costume é manifestação tácita de vontade.” Cf. BONAVIDES, 1980a, p. 201-202.

eficácia vinculante, de aplicabilidade duvidosa ou impossível; princípios meramente éticos, aptos quando muito a inspirar o legislador segundo diretrizes ideológicas, mas de modo algum idôneos a obrigar os cidadãos ou órgãos estatais. O mesmo aconteceu com os Preâmbulos [...]”⁵⁹⁹

Conclui, assim, embora utilizando-se de obra intermediária, que “tamanha a ineficácia dos Preâmbulos que Orlando via neles o lugar onde cabiam ‘todas as normas não acionáveis da Constituição’, conforme lembra um jurista italiano”⁶⁰⁰. Resta, portanto, embora utilizadas algumas das premissas de Romano, completamente dele afastado teoricamente, motivo pelo qual (então) a pretensão à contextualização do jurista resta de todo obscura e deslocada.

“Na realidade, porém, um documento que tenha a forma de Constituição, mas que pela sua origem, por seu conteúdo e por suas finalidades não corresponda ao que se exige das Constituições autênticas, é uma falsa Constituição”⁶⁰¹. É a forma pela qual, por sua vez, em direção completamente oposta à exposta por Bonavides, o jurista Dalmo de Abreu Dallari (1931) firma-se ao expor “o que uma Constituição não é”. Muito embora o jurista não avoque e nem tampouco acerque-se do pensamento de Santi Romano, não adere também, registre-se, à uma compreensão diametralmente oposta; denota, aliás, uma visão mais aproximada de correspondência entre o concreto e o ‘previsto’, é dizer, há de certa forma um dualismo inerente a partir do qual afastam-se quimeras e visões outras romantizadas.

Embora visualize a Constituição como cerne ordenamental cuja finalidade é assegurar minimamente a estrutura social, avoca o jurista elementos como legitimidade originária do povo, separação de poderes, dentre outros, os quais o distanciam efetivamente de Romano. O cerne, para Dallari, é essencialmente a correspondência constitucional com o “povo”, porquanto por meio dela que se limitariam os abusos e se consubstanciaria, no concreto, a finalidade social. Legítima então, nesta perspectiva, a imperiosa atuação dos denominados “grupos comunitários”, que restariam em maior proximidade com a representação específica daqueles que os compõem⁶⁰².

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 184-186.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 186.

⁶⁰¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p.18.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 29

A compreensão constitucional do jurista é, assim, sobretudo política, pois “A Constituição é um documento essencialmente político, ao qual o direito dá forma e eficácia”⁶⁰³. Denota, portanto, um veio antiformalista⁶⁰⁴, uma leitura nada romantizada enquanto crença no direito como elemento limitador por si só das ‘forças outras’, pois “a existência de uma Constituição não dá qualquer garantia de que ela vai ser posta em prática”⁶⁰⁵.

Disto decorre, na compreensão do jurista, não apenas a necessária correspondência entre o fático e o ‘formal’, jurídico, mas principalmente a atuação também positiva no sentido de se afastar a prevalência do ‘econômico’⁶⁰⁶, e, portanto, o desvirtuamento (por ele causado na) da Constituição.

Há, portanto, uma matriz singularmente crítica e despida de romantismos no que pertine ao formalismo legal. Embora, como registrado anteriormente, apresente elementos gerais que o distanciam de Romano. Este traçado teórico é, inclusive, verificado em uma de suas principais obras, publicada inicialmente em 1971 e, ainda em 2009⁶⁰⁷, já em sua 28ª edição. Dallari, cauteloso até mesmo no que tange ao título da obra, afasta-se então já da miscelânea teórica e, delimitados os conceitos, debruça-se serena e especificamente sobre aqueles que entende como os principais; eis sua obra ‘Elementos de Teoria Geral do Estado’ na qual, embora predomine a escola francesa e alemã, explicita o autor uma leitura bastante diversificada (também) da escola italiana.

Nesse sentido, *e.g.* ao abordar a ‘personalidade jurídica do Estado’, utiliza-se de Savigny, Kelsen, Albrecht, Gerber, Gierke, Laband, Jellinek, Seydel, dentre outros, e, muito embora conclua que “apesar de todas as objeções, parece-nos sólida e coerente a construção científica da teoria da personalidade jurídica do Estado, como foi concebida pelos publicistas

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 47.

⁶⁰⁴ Cf. *Ibid.*, p. 75. Nesse sentido, esclarecedora: “o mau uso da Constituição e o formalismo jurídico tornaram possível a existência de situações em que não se pode dizer com certeza se um Estado é ou não constitucional”..

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 74.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 85. Senão, esclareça-se: “Encontrar a fórmula adequada para disciplinar o poder econômico, contendo-o dentro de limites jurídicos e impedindo que ele seja utilizado para satisfazer as ambições e o egoísmo de alguns à custa da infelicidade de muitos, é um dos principais desafios para o constituinte hoje”.

⁶⁰⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

alemães e como vem sustentada por seus seguidores”⁶⁰⁸, não olvida o jurista, de forma serena, de pontuar que “Na verdade, não é preciso recorrer-se a uma ficção para se encontrar o meio de que se vale o Estado [...]”⁶⁰⁹.

Embora a maestria do jurista, pontuais são também as menções e aproximações de Santi Romano. Do jurista palermitano utiliza-se da ideia de que o sufrágio possui sobretudo uma *função social* e, portanto – de forma contrária à compreensão exposta por Bonavides –, entende salutar Dallari que:

Por outro lado, como é necessária a escolha de governantes para que se complete a formação da vontade do Estado e tenha meios de expressão, não há dúvida de que o sufrágio corresponde também a uma *função social*, o que justifica sua imposição como um dever⁶¹⁰.

Tal qual pontua Romano quando da exposição dos direitos públicos subjetivos, portanto, embora destoe Dallari nos demais corolários da compreensão, aproxima-se de Romano por entender a partir do Estado e a ele inerente, a vinculação jurídica.

Não há, de forma efetiva, aproximações outras do pensamento do jurista, muito embora, não raras as aproximações outras no que pertine à Orlando e a Biscaretti di Ruffia, para além de Rannelli. Não obstante a maestria do jurista, não olvida, quando da análise do Estado moderno, de apontar menção excludente de Romano que, de todo, pela brevidade, acaba por permitir uma infinidade de interpretações e, nestas, inclusive uma contrária àquilo que efetivamente teorizado por Romano.

Dallari, ao esmiuçar os elementos constitutivos essenciais do Estado, afirma que “Assim é que Santi Romano, entendendo que apenas a soberania e a territorialidade é que são peculiaridades do Estado, indica esses dois elementos”⁶¹¹. Ocorre que dois pontos, ao menos, devem ser observados.

O primeiro acerca da compreensão totalizante de Romano e, assim, da equivalência dos termos “instituição-ordenamento-direito”; é que, para Romano, enquanto equivalentes, não distinguem-se entre si – teoricamente – as instituições. Seriam-lhes, portanto, elementos comuns

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 125.

⁶⁰⁹ *Id.*, *loc. cit.*

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 184.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 71.

aqueles que tocam também, *prima facie*, o Estado. Ou seja, todos os demais elementos são também integrantes e componentes do Estado, mas o são também em relação às demais instituições; eis porque Romano aponta como diferenciadores então, da instituição Estado, a soberania e a territorialidade – o que não implica a composição daquele por tão somente estes dois elementos.

O segundo ponto toca uma particularidade – superado o ponto primeiro – olvidada por Dallari, a saber, a especificação de que, para Romano, o povo é a totalidade pertencente ao ‘ordenamento’ em si, o que pode, de certa forma, fazer incorrer em compreensão equivocada. Romano, neste particular, especifica quando da publicação dos *Principii* ressalva bastante pertinente no que toca ao ‘elemento povo’. Sustenta, assim, Romano, também o elemento comunitário – povo⁶¹² – enquanto essencial ao Estado, embora não compreendido povo, reiterar-se, tal qual a corrente ‘clássica’ constitucionalista.

O quadro geral da doutrina⁶¹³ constitucionalista, naquilo que se pode afirmar atual enquanto elemento de conformação acadêmica, silencia acerca das especificidades de Romano ou limita-se a inseri-lo, de todo tímido⁶¹⁴, enquanto elemento de robustez, descontextualizado, portanto.

⁶¹² ROMANO, 1945b, p. 85. Esclareça-se, nesse sentido: “*Terzo elemento essenziale dello Stato è l'insieme delle persone che, per la loro appartenenza ad esso, ne costituiscono i cittadini o i sudditi permanenti, cioè il popolo. E per popolo si intende non soltanto gli individui che esistono in un dato momento, ma la collettività di essi, in sé e per sé considerata nel suo complesso e nella sua unità, che non viene meno e non muta con l'incessante mutarsi dei suoi componente. Per tale suo elemento, lo Stato rientra nella categoria degli enti che si possono designare col nome di «comunità» o «corporazioni» e si contrappongono agli altri enti (istituzioni, in senso stretto) che non constano di persone che siano loro membri, ma esistono a vantaggio di estranei, che ne sono soltanto i destinatari*”.

⁶¹³ Em que pese a circulação das obras já nos idos da década de 60, utiliza-se o termo atual na mesma significação atribuída à *e.g.* Bonavides, na medida em que as respectivas versões ‘revisadas’ constam, ainda, da conformação acadêmica atual. Cf. AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 42. ed. São Paulo: Globo, 2002; MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁶¹⁴ Esclarecedora, nesse sentido, em que pese a abordagem pelo jurista *e.g.* de Del Vecchio e mesmo da teoria tridimensional do direito, de Reale, a inserção (não descontextualizada, porém tímida) realizada pelo insigne jurista Sahid Maluf, quando da abordagem da ‘teoria dualística’, nestes termos: “Afirma esta corrente que o Direito é criação social, não estatal. [...] O Direito, assim, é *um fato social*

Juristas outros portentosos que se debruçam sobremaneira sobre a Teoria do Estado ou mesmo o Direito Constitucional, apresentam, também, prevalência sobretudo da escola alemã e francesa. Olvidam, no geral, a abordagem à escola italiana e, principalmente, à Santi Romano.

Neste particular, embora deleite-se sobre o Estado contemporâneo cuja conceituação é o objeto da obra, o insigne jurista Cesar Luiz Pasold, ao discorrer acerca da conformação do Estado moderno⁶¹⁵ utiliza-se sobremaneira dos teóricos clássicos. Compreensão absorvida, provavelmente, do contato com o seu preceptor, o jurista Dallari. E não obstante utilize-se o jurista de Del Vecchio, Lipson, Dallari e Ferreira Filho, a predominância teórica refere-se à Heller, Schmitt, Krader, Chantebout, Maritain. Ou seja, silencia também o jurista, pode-se afirmar, naquilo que tange ao pensamento de Romano e mesmo, de certa forma, da escola italiana.

Algumas pontuais exceções quanto ao trato ‘atual’ do jurista palermitano encontram-se, entretanto, no pensamento de Fábio Konder Comparato e, principalmente, no pensamento de Gilberto Bercovici⁶¹⁶. Há, também, a excepcionalidade do trato destinado essencialmente ao pluralismo jurídico pelo insigne jurista Antônio Carlos Wolkmer⁶¹⁷,

em contínua transformação. A função do Estado é a de *positivar* o Direito, isto é, traduzir em normas escritas os princípios que se firmam na consciência social. O dualismo (ou pluralismo), partindo de Gierke e Gurvitch, ganhou terreno com a doutrina de Léon Duguit, o qual condenou formalmente a concepção monista, admitiu a pluralidade das fontes do Direito positivo e demonstrou que as normas jurídicas têm a sua origem no corpo social. Desdobrou-se o pluralismo nas correntes sindicalistas e corporativistas, e, principalmente, no institucionalismo de Hauriou e Rennard, culminando, afinal, com a preponderante e vigorosa doutrina de Santi Romano, que lhe deu um alto teor de precisão científica.” Cf. MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 33. ed. Atualizado por Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 16

⁶¹⁵ Cf. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 4. ed. Itajaí: Univali, 2013. Disponível em <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em 20 fev. 2017.

⁶¹⁶ No que pertine ao jurista Gilberto Bercovici, pontue-se a considerável utilização da escola italiana sobretudo em seu ‘Soberania e Constituição’. Há, de certo, menção reiterada à Fioravanti, Vergottini, Domenico Losurdo, Antonio Negri, Paolo Grossi, Matteucci, Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano. Cf. BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

⁶¹⁷ Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3 ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. Consoante asseverado, o trato destinado pelo jurista parte de premissas outras que não as

pretendidas no presente trabalho; salutar, entretanto, registrar que, para além do trato esmiuçado acerca do ‘pluralismo’, o que se reflete em várias de suas obras, Wolkmer não olvida do trato – não pontual, embora também não central – do jurista palermitano. Neste particular, sobretudo quando do trato do “Pluralismo jurídico: projeção de um marco de alteridade”, ao esmiuçar a ‘revisão histórica do problema’ bem como a ‘tradição européia’, assevera de forma bastante pertinente: “Entretanto, não parece haver dúvida, já nas primeiras décadas do século XX, como alternativa ao normativismo estatal positivista, ressurge o pluralismo na preocupação de jusfilósofos e de publicistas (Gierke, Hauriou, Santi Romano e Del Vecchio), bem como de sociólogos do Direito (Ehrlich, Gurvitch). [...] Ainda que se possa considerar relevantes para o desenvolvimento das correntes pluralistas: as concepções sociológicas de Leon Duguit, a doutrina do institucionalismo de Maurice Hauriou e a contribuição de Georges Renard, foi a proposta jusfilosófica do italiano Santi Romano a de maior peso e rigor no rol das alternativas ao cultismo legal estatista dos anos trinta. Recolhendo subsídios nas teses de M. Hauriou, Santi Romano esboça em sua obra *L’Ordinamento Giuridico* uma visão do Direito, que, mesmo sendo apresentado como um todo unitário, desdobra-se numa teoria do Direito como instituição, que se contrapõe ao normativismo positivista (1 parte) e numa teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos, que se opõe ao monismo estatal (2ª parte). O que se percebe, inicialmente, é que nesse pluralismo de tipo moderado fica comprovada a interdependência histórica da formulação pluralista à teoria institucional. Para o mestre italiano, toda instituição que surge como um ‘ente’ ou ‘corpo social’ bem estruturado e firmado em relações estáveis e permanentes transforma-se num ordenamento jurídico. Apontadas como impróprias e não satisfatórias, as concepções do Direito como conjunto ou sistema de normas são substituídas por aquelas que projetam o Direito como ordenamento jurídico, ou seja, como um corpo social concreto com vida em si e por si, capaz de expressar e identificar a normatividade implícita em ‘sua estrutura e nos seus caracteres essenciais’, portanto, se todo ordenamento jurídico é uma instituição e ‘cada instituição é um ordenamento jurídico objetivo’, torna-se necessária e absoluta uma questão entre as duas entidades. [...] Assim, é a força do aspecto institucional que se torna decisiva para imprimir a juridicidade em cada uma das normas emanadas ou tuteladas pelas múltiplas ordenações coexistentes. Fácil é concluir que, neste contexto, o conceito de Direito se determina sem a chancela do Estado, pois este é somente uma entre várias outras instituições humanas que ‘podem existir e que na realidade existem’. [...] Para acentuar a relevância desse ponto, o autor transpõe a teoria da instituição propriamente dita e se aprofunda em direção ao pluralismo, assinalando que existe uma ampla gama de ordenamentos jurídicos distintos, cada qual com vida própria, não subordinada ao Estado e a seu ordenamento legal.” Cf. WOLKMER, *op. cit.*, p. 186-188.

todavia, na medida em que o pluralismo⁶¹⁸, ora assimilado ao então denominado ‘novo constitucionalismo latino-americano’ utiliza-se de premissas teóricas outras, as quais se distanciam sobremaneira das utilizadas no presente trabalho, optou-se por não abordá-lo.

⁶¹⁸ Pontue-se ainda, em trato aproximado acerca do pluralismo jurídico, sob uma diversa perspectiva, aquilo que expõe SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cinzelar teórico esboçado por Romano segue, prevalentemente, uma concatenação lógica. A constatação da não correspondência do Estado moderno com a realidade respectiva e, mesmo, a distância teórica daquilo que se lhe pretende, decorre sobretudo da premissa metodológica perseguida pelo jurista. É, efetivamente, ao partir da delimitação jurídica do Estado e do Direito que Romano concatena os argumentos por ele apresentados e, nesse sentido, esboça ulteriormente o traço que lhe é distintivo: a constatação da crise do Estado moderno.

Assim, muito embora se utilize da compreensão unitária do Estado e, no primeiro momento, de elementos particularmente próximos da juspublicística alemã, dela se distancia já em seus primeiros escritos. O Estado, no primeiro bosquejo realizado por Romano, é efetivamente enquadrado no personalismo jurídico, mesma compreensão geral exposta pela juspublicística alemã. Há também, para o jurista, a premissa inicial da soberania como inerente e indissociável ao Estado, entretanto, e se pode dizer ser este o seu primeiro distanciamento teórico daquela, delimita a soberania exclusivamente enquanto relação jurídica, ou seja, em oposição clara à compreensão reificada apresentada pelos alemães e, mais, distante da mera redução da relação de força exposta pela escola sociológica, delimita a soberania como relação intersubjetiva e, disto, enquanto verificada a participação do Estado, a delimitação do direito público *per se*.

A visão totalizante do Estado segue, então, de forma necessária, a teorização de todo o teor jurídico pretendido pelo jurista. Os elementos integrantes do Estado são, já então, compreendidos senão como o próprio Estado. Santi Romano, neste particular, utiliza da simbiose das correntes dominantes para, apresentando uma compreensão do Estado como ente total, sem nele depositar, todavia, a totalidade potestativa fática, depreender as relações jurídicas que permeiam a seara de atuação do próprio Estado. Despe-se, portanto, da projeção romantizada inerente ao pensamento alemão que, na pretensão à legitimação do Estado, acaba por nele teorizar – ou fundamentar por vias outras – exatamente o Briareo, que a tudo pretende e a tudo devora; pelo contrário, tem-se aí um dos elementos nevrálgicos da crítica de Romano.

Esse é o principal traço distintivo de Romano naquele que se entendeu por primeiro período. O teorizar de um Estado forte que, porém, não absorve a tudo exatamente na medida em que sempre presente a

premissa delimitadora de atuação do direito, de um lado, e a imperiosa correlação dos entes menores, por outro.

Os órgãos do Estado, as pessoas físicas que dele participam e mesmo os indivíduos são compreendidos senão no próprio Estado, embora designe-lhes Santi Romano as esferas de atuação próprias. É, portanto, uma ruptura de todo inovadora ao afastar o trato relegado à ‘coisa’ a tudo quanto toca o Estado, inclusive os indivíduos – a assertiva, não é demais registrar, embora pareça razoável, senão óbvia, acerca toda uma discussão teórica relacionada ao Direito Público e ao Direito Constitucional, com o seu consequente ‘afastamento’ da então Ciência Política; não é demais registrar ainda que, muito daquilo que toca a teorização do Estado moderno retira da compreensão reificada – relegado a coisa pelo direito – a sua fundamentação também ‘jurídica’.

Inerente a esta crítica, refuta por completo o jurista palermitano a compreensão de representação e mesmo da figura do mandato. Não há, a bem da verdade, representação que não aquela do próprio Estado que se faz presente ‘por intermédio de’, e, enquanto órgãos integrantes que o são – de forma congênita –, não há também, pontua, o que outorgar através do mandato. Teoriza Romano, em via alternativa, a designação de capacidade, é dizer, a delimitação jurídica de atuação senão no próprio Estado e tão somente naquilo que com ele guarda alguma relação, jurídica, portanto.

Há assim, embora não trate de forma prolongada sobre as finalidades do Estado, o delimitar de atuação de tudo quanto se componha do seu feixe organizacional; distingue, nessa seara, os órgãos menores conforme a finalidade que perseguem. E exatamente estes corpos intermediários que surgem espontaneamente da realidade social é que serão, pois eis um dos pontos nevrálgicos da compreensão de Romano, esboçados ulteriormente.

A artificiosidade inerente às teorias predominantes e a fé descabida naquilo que se pretende normativo, o que acaba por findar nos textos legais, é o âmago da crítica do jurista. Assimilado ainda ao período de guerras, visualiza o jurista a conformação dos Impérios e, embora neles identifique a potencialidade política de absorção dos Estados, não lhes reconhece a caracterização mesma que a inerente aos Estados. Repele, por assim dizer, a possibilidade de superação do ente Estatal por entidades políticas maiores – conformadas ainda que em federações.

Lança, aqui, de forma mais exposta, a imperiosa não prevalência do econômico sobre o político e, essencialmente, sobre o jurídico. Se por um lado os entes menores apresentam a força material latente, verifica Romano, por outro lado, no comportamento da luta de classes, o

equilíbrio necessário para a conformação de uma realidade plural. O econômico, embora elemento primeiro agregador e salutar para a pluralidade, não deve ser concebido de forma apartada. A *uti civis* exposta por Romano quando da caracterização da cidadania é aqui projetada de forma mais abrangente, para o ente em sua totalidade, pois seria também pela prevalência do econômico que se verificaria o desvio desses entes. Essa é, em síntese, a mesma compreensão exposta por Romano naquilo que pertence ao trato dos Impérios – compreendidos nesta perspectiva de corpos maiores.

Neste particular, embora não mencione expressamente, pode-se verificar já a compreensão assimilada daqueles que virá ulteriormente a definir como entes, as instituições. A mesma força conformadora presente nos sindicatos, portanto, é o requisito necessário para a condição de cidadão naquilo que tange ao indivíduo – em sua relação com o Estado, é dizer, naquilo que concerne aos direitos públicos subjetivos – e, conseqüentemente, é também elemento cuja observância deve permear o trato recíproco entre os entes Estatais. Não menciona, mas trata Santi Romano já a todos como instituição.

Na medida em que o Estado moderno a tudo pretende absorver, por impossibilidade, restam as lacunas sobre as quais se utilizam as instituições menores para, então, ‘corroer’ o Estado – considerada a pretensão não realizável: eis a dicotomia. Embora, portanto, condene Romano a pretensão totalizante do Estado, vê-se uma sua preocupação sobretudo com a existência do próprio Estado – da instituição. Preocupação essa que será permanente no pensamento do jurista.

Há, porém, uma efetiva ruptura. A preocupação com o Estado integra a compreensão teórica de Romano acerca do próprio ordenamento jurídico. É, não o Estado que deve ser preservado, (mas) essencialmente o ordenamento que o Estado reflete/representa. Nessa perspectiva, abandona de forma clara a então premissa do Estado-pessoa para, ao negá-la, aportar a espontaneidade orgânica do Estado enquanto ordenamento social. Orgânico não no sentido corpóreo atribuído pelos teóricos ‘zoólogos’, mas sobretudo enquanto elemento fisiológico da realidade social; que mantém, por assim dizer, aquilo que lhe caracteriza o substrato.

Os elementos anteriormente expostos por Romano são, ainda assim, mantidos. A premissa da soberania transfigura-se no seu inerente surgimento com a própria ordenação jurídica. Decorre não de força material, não de teorização jurídica, mas reflete a própria estrutura da instituição; deixa de ser, destarte, característica exclusiva do Estado, mas inerente à toda e qualquer instituição, pois ordenamento e, no limite

direito *per se* – ressalvado aqui, reitere-se, a compreensão de Romano a respeito da ‘eficácia dos ordenamentos’.

A única ruptura teórica apresentada por Romano nesse particular é efetivamente o completo abandono da redução do Estado ao personalismo. Apresenta, assim, o conceito de instituição.

Sem, todavia, incorrer no ‘equívoco romantizador’ – pelo que se afasta tanto da juspublicística tedesca que concebe o Deus-Estado, como da escola francesa que projeta na ‘ideia da obra fundante’ o traço delimitador do próprio ato fundacional do Estado – e distante também da redução exposta por Duguit aos elementos de força meramente material, iguala todas as instituições.

Entretanto, da sua compreensão a partir do concreto, pontua Romano, sob pena de negar-se a realidade mesma, que o traço distintivo do Estado não é meramente potestativo – corolário teorético ou premissa a partir da qual se teria, na corrente comum, a teorização da soberania. Pelo contrário, enquanto consectário da relação jurídica, trata-se sobretudo de eficácia do ordenamento. Na medida em que toda instituição é ordenamento e todo ordenamento implica direito, é efetivamente do trato entre as distintas searas jurídicas que se explicará, portanto, a distinção fática do ordenamento em si, no caso, Estatal.

Aponta assim que, da situação histórica de conformação unitária do Estado, as instituições menores foram, de fato, atraídas para a (pela) órbita jurídica do Estado, pelo que, a partir do próprio Estado, toma-se em conta a ‘juridicidade’ – leia-se licitude – do ordenamento outro. Ou seja, o caráter de jurídico não é exclusividade do Estado; longe disso, toda instituição, todo ordenamento é tão jurídico quanto o próprio Estado – pois ordenamento e instituição. O traço distintivo é tão somente a compreensão de licitude a partir daquele que, então, historicamente absorveu as demais ‘órbitas jurídicas’ – instituições/ordenamentos. Veja-se que a premissa aposta por Romano de relação de bilateralidade é, inclusive aqui, projetada.

O que distingue o Estado, para Romano, portanto, é sobretudo a possibilidade de, fundado em seu ordenamento próprio, considerar lícitos ou ilícitos ordenamentos outros que com ele possuam alguma correlação. Trata-se, conseqüentemente, de mera valoração ética, despida, assim, de toda e qualquer juridicidade *per se*.

Distancia, pois, a redução do direito à norma e, embora não incorra na ‘pureza’ da teoria por outros avocada, utiliza-se basilaramente de preceitos tão somente jurídicos. O direito positivo, enquanto ‘posto’ a partir da instituição, é, assim, corolário que não afasta a fisiologia inerente ao ente em si; é, aliás, primordialmente o direito positivo o que

delimitará o caráter de licitude ou não dos demais ordenamentos; não, de forma diversa, a estrutura inerente ao corpo.

Nessa perspectiva, Romano apresenta claramente uma ruptura com a juspublicística alemã e, particularmente, com a escola sociológica. O constatado distanciamento do Estado Briareo é suprido por Romano, de forma genial, não se modificando sobremaneira o Estado, mas de outro modo, concebendo-o como toda e qualquer instituição, como todo e qualquer ente menor; do distanciamento verificado por Romano há, como solução, a equivalência teórica do ente Estado a todo e qualquer ente menor.

Compreendido sob essa perspectiva, no reflexo da organicidade sobre a qual se funda, resta o Estado em efetiva aproximação com a realidade existente em sua órbita de atuação. Portanto, o ordenamento do Estado é para o Estado o que o ordenamento da *e.g.* Igreja para ela representa; o ordenamento de uma instituição que se oponha ao ordenamento estatal – instituições *v.g.* ‘criminosas’ – tem para os que dela fazem parte a mesma força e compreensão que todas as demais. A diferença reside tão somente na eficácia dos ordenamentos considerados reciprocamente em suas relações.

É dizer, em dispondo o Estado dos meios necessários para direcionar o aparato material do qual dispõe a fim de declarar ‘ilícito’ – contrário ao seu ordenamento conforme determinada valoração que não meramente jurídica – uma instituição menor, restará esta última, então, à margem do ordenamento Estatal e, portanto, sujeita às penalidades daí decorrentes. Repise-se que as penalidades decorrem não da organicidade do ente, mas precipuamente daquele que se caracteriza como direito positivo; posto pela instituição conforme a anterior valoração ética/moral que lhe seria comum.

De outro modo, em dispondo o ente menor de força latente material suficiente para subjugar o Estado, entende-se pela absorção da órbita deste último pelo primeiro – com as mesmas consequências então válidas para o ente Estado, pois ambos instituições. No limite, a valoração acerca da ilicitude ordenamental resta tão somente cultural, valorativa nesse sentido.

No que pertine às influências do pensamento de Santi Romano no Brasil, verificou-se o influxo teórico, embora pontual e parco, no pensamento constitucional brasileiro.

Com prevalência conformadora sobretudo da doutrina alemã, francesa e, em menor parte, da estadunidense – esta última pontualmente importada maiormente naquele que se mostrou o entorno da discussão acerca do federalismo –, na conjuntura da Proclamação da República, e

mesmo naquele que delimitou-se, arbitrariamente, de período “pré-Reale”, inexistente as menções ou mesmo sequer aproximações do pensamento de Romano.

A doutrina pátria trata sobretudo da teorização do Estado em sua acepção moderna. O cerne dos debates é direcionado para os elementos constitutivos do Estado, tidos em sua acepção clássica, é dizer, povo, território e governo. Insere-se ainda o refutado ‘formas de governo’ como elemento associado ao Estado e, por conseguinte, representação e ‘titularidade da soberania’. Elementos como representação ululam os debates teóricos.

Discussão outra predominante naquele que se entendeu por período pré-Reale é o trato acerca do então recente federalismo, cuja influência é, no primeiro momento, preponderantemente estadunidense. Nesse liame, muito embora sejam tratados – de forma secundária – conceitos como autonomia e soberania, ainda assim a doutrina pátria predominante busca teorizar a ‘repartição’ da soberania a partir de seu conceito clássico; olvida, neste particular, embora a já peculiar utilização, da crítica exposta brilhantemente por Duguit.

Abordagem inovadora é, com efeito, o pensamento de Miguel Reale. Muito embora o jurista reste debruçado sobretudo por sobre a Filosofia do Direito, não olvida, ao abordar aqueles que são os fundamentos do direito, de analisar as suas correlações inerentes com o Estado. Com uma leitura de todo distinta do contexto ‘clássico que lhe permeia’, apresenta esmiuçada abordagem não apenas no que tange ao pensamento de Hauriou, sobretudo acerca do institucionalismo, mas mesmo de Duguit e Romano, para além de tantos juristas outros.

Sem ostensão, desenvolve e exterioriza, portanto, o jurista, aquela que se pode compreender como teoria institucional do Estado enquanto reflexo ordenamental. Abordagem essa que, inclusive, daquilo que se verificou, mostra-se não apenas inédita, mas exclusiva mesmo nos momentos posteriores, é dizer, no período definido – também arbitrariamente – de Pós-Reale.

Embora a teoria cujo mérito se dedique à Reale parta da concepção concreta e dinâmica do direito, cujo reflexo das bases conformadoras culturais é inerente, não se pode afirmar decorrer exclusivamente da compreensão ordenamental de Santi Romano. É de todo inafastável, todavia, a similitude perceptiva – não obstante, também, trate Reale sobretudo do acercar corporativo da/na sociedade. Não há no jurista tanto a crítica verificada em Romano acerca da compreensão do Estado, mas há proximidade no que tange à compreensão do direito como fenômeno

social integrado, fisiológico, originado do concreto e que, portanto, acompanha a sua ulterior e dinâmica valoração.

Há também, como restou demonstrado, a efetiva inserção do pensamento de Santi Romano no meio acadêmico pelo jurista Miguel Reale. A inserção, que se verifica ao mesmo tempo em que catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo, fornece elementos que permitem afirmar, ainda que em determinado contexto específico, o acesso pelo próprio meio acadêmico àquele que reflete sobremaneira um dos traços distintivos do jurista palermitano, é dizer, a compreensão ordenamental, institucional e, portanto, do direito.

Em momento posterior àquele que se tomou como ‘marco temporal’ do pensamento brasileiro, raras senão inexistentes são as abordagens ao pensamento de Romano. Há, eventualmente, um ou outro jurista de maior maestria (no sentido de estar além do ‘clássico’) que, ao se debruçar por sobre as Teorias do Estado, apresenta, de forma expositiva, alguns dos elementos que compõem o pensamento do jurista.

Destaca-se, nesse contexto, o jurista Pinto Ferreira. Conquanto demonstre uma abordagem consideravelmente limitada, é dizer, não se debruce por sobre o cerne teórico de Romano, toca-lhe, de certa forma, o jurista pernambucano; denota ainda, pode-se afirmar, uma certa proximidade, senão uma influência direta não manifesta, notadamente quando da conceituação ‘histórica’ do Estado.

A importância desse contato revela-se sobretudo se considerada a briosa carreira acadêmica intensamente vivida por Pinto Ferreira, que não apenas ‘atravessa o século’ – e acompanha-o de forma atuante, também politicamente, em suas mais variadas nuances teóricas – mas conforma, enquanto catedrático na tradicional Faculdade de Direito do Recife, uma infinidade de ‘novos juristas’; tantos outros em todo o território pátrio se considerado também o alcance de suas obras escritas.

É bem verdade que a inserção realizada pelo jurista ao agrupar Santi Romano no mesmo contexto de juristas outros, de todo distintos, destoa, em parte, da compreensão pretendida por Romano. Mas, de forma sutil, alude Pinto Ferreira a conceitos como ordenamento e à compreensão do Estado como ente unitário. Demonstra ainda o jurista aproximação do pensamento de Hauriou e Duguit, o que permite correlacionar, ainda que também de forma sutil, os contrastes teóricos indiretos entre os juristas.

Em momento posterior, consideravelmente próximo daquele que se mostra como o de inserção da tradução para o português realizada por Maria Helena Diniz, apontam juristas outros um contato não tão sutil, sobretudo, com a obra Princípios. O trato destinado ao jurista palermitano é sobremaneira relegado, ora à pretensa conceituação daquilo que se

entende por Direito Público, ora naquilo que se pretende caracterizar como Estado. A falta, porém, de compreensão da totalidade – ou mesmo da ‘parcialidade’ – do pensamento do jurista palermitano, quando não evidente, faz incorrerem os doutrinadores pátrios em quiproquós, obscuridades teóricas e contradições inafastáveis as mais diversas.

Se é bem verdade, neste particular, a pujança inerente à crítica exposta por Romano acerca da (dos equívocos de) transposição de sistemas jurídicos à vista do então modelo ‘ideal’ inglês, se lhe aproximam os juristas pátrios, em sentido negativo, ao pretenderem transpor Romano sem considerar as peculiaridades do/no contexto específico. É, de forma geral, esse o contexto do período ora definido pós-Reale.

Exceções pontuais, entretanto, são verificadas na exposição de juristas como Baracho que, embora não se utilize de forma prolongada do pensamento do jurista palermitano, se lhe aproxima sobretudo se considerada a preocupação técnico-jurídica ao esmiuçar, com propriedade, as delimitações científicas mesmas da Teoria da Constituição.

É prevalentemente o trato ‘jurídico’ exposto por Baracho que permite correlacioná-lo com a escola italiana. A matriz antiformalista do jurista demonstra, também, uma inclinação aproximativa de Romano. Entretanto, o acesso ao pensamento de Romano, inicialmente por intermediários, mostra-se particularmente por meio da doutrina espanhola, meio pelo qual acessa também o pupilo de Romano, Biscaretti di Ruffia. Mérito outro do jurista que, em tempos de constante de predominância da escola alemã e francesa, prolonga-se para além dos ‘limites teóricos clássicos’ e, portanto, ainda que por vias outras, aproxima-se sobremodo de Romano. Apresenta ainda, Baracho, concepções aproximadas de instituição com uma sua vinculação inerente às raízes humanas; o comportamento da realidade social correlacionado com o ‘sistema de normas’ denota uma visão particular de Baracho que lhe distingue.

Em período também aproximado, anterior ao da efetiva tradução para o português da obra do jurista palermitano, identificam-se Paulo Bonavides e Dalmo de Abreu Dallari. Este reserva um trato basicamente secundário ao jurista palermitano; embora utilize-o pontualmente, ainda assim apresenta uma compreensão restrita, sobretudo quando da assimilação aos elementos do Estado. Olvida Dallari, quando retira de Romano o elemento ‘povo’ enquanto componente distintivo do Estado, senão a própria concepção ordenamental espontânea, a equivalência das ‘instituições’; portanto, naquilo que tange ao Estado, a

imprescindibilidade do povo mesmo. Prepondera em Dallari, de forma bastante esmiuçada, as escolas francesa e alemã.

Paulo Bonavides, por sua vez, demonstra um trato relegado à escola italiana, de forma geral. Prepondera em seus escritos fundamentalmente a escola alemã, em menor parte a escola francesa. O reducionismo, entretanto, não é exclusivo àquela que, por fim, mostra completo distanciamento o jurista; embora utilize-se de compreensões modestas de Romano, como quando na apreensão das premissas quanto à compreensão totalizante do Estado, o quiproquó inerente finda por fazê-lo refutar, por completo, tão somente os corolários então inafastáveis.

Fruto da incompreensão ou do reducionismo proposital, resta relegado Santi Romano à mera pretensão de robustez teórica aos escritos, o que, por não refletir o pensamento mesmo de Romano, acaba por incorporá-lo no meio acadêmico de forma bastante desviada. É sobretudo a atual e considerável inserção do jurista no contexto de formação do pensamento jurídico pátrio que tonifica a importância da constatação da abordagem obscura, equivocada e descontextualizada – daquela que se mostrou a compreensão de Romano – realizada e reproduzida por Paulo Bonavides.

Em oposição ao quadro geral, apresentam-se pontualmente juristas, a exemplo de Gilberto Bercovici, que utilizam Romano de forma crítica e, embora não trate da mera exposição daquele que se configura como o seu pensamento, utiliza-o particularmente de forma correlacionada com aquele que se apresenta como objeto de seu estudo: soberania e constituição.

Com trato distinto, embora não debruçados por sobre a Teoria do Estado, têm-se as abordagens de Lucia Sabadell e de Arno Dal Ri Junior. A este último, que se utilizam sobremaneira dos pressupostos romanos, embora distante do trato do Estado, deleitou-se na tradução daquela que é, pode-se afirmar, a obra principal – sob o veio crítico – do jurista palermitano: O ordenamento jurídico.

Embora realizada a tradução em 2008, praticamente inexistentes no quadro geral ora pesquisado, o acesso efetivo à exposição constante do *L'ordinamento giuridico*. De fato, a obra do jurista palermitano aludida pela juspublicística pátria restringe-se, ressalvadas as escassas exceções anteriormente registradas, ao *Principii di diritto costituzionale generale*.

Não há, portanto, correlação necessária daquela que se mostrou a inserção no contexto pátrio da tradução inicial realizada em 1977 da obra do jurista palermitano. Os juristas cuja abordagem verificou-se acerca de Santi Romano, embora utilizem predominantemente da mesma obra

em sua versão italiana, fazem-na em momento anterior ao da referida tradução.

A vinculação que se verificou foi sobremaneira a inédita abordagem por Miguel Reale. De veio antiformalista, com inclinações políticas que o aproximam dos ideários que permearam a ruptura italiana, tem-se aí uma tangível inclinação aproximativa. No mais, resta a juspublicística pátria distante sobremaneira daquelas que, século atrás, foram já briosamente expostas sobretudo por Romano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCOFORADO, Luiz Sebastião Guedes. **Direito Internacional Público**: (a sociedade dos Estados): Direito Publico e Constitucional: (o Estado federal). Recife: Imprensa industrial, 1922.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 42. ed. São Paulo: Globo, 2002.

BAGOLINI, Luigi. Norma negoziale e paradigma normativo. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 055, 1960, p. 21-40. Disponível em <<http://obrasraras.sibi.usp.br/xmlui/handle/123456789/3142>>. Acesso em: 24 fev. 2017.

BAMBI, Federico. «Risorgimento»: Parola italiana, parola europea. **Quaderni Fiorentini per la Storia de Pensiero Giuridico Moderno**, Milano, v. XLV, p. 17-31, 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Organização do poder: a institucionalização do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 23, n.90, p. 5-34, abr./jun. 1986a. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181714>>. Acesso em: 10 fevereiro 2017.

_____. Teoria da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 15, n. 58, p. 27-54, abr./jun. 1978. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181036>>. Acesso em: 08 fevereiro 2017.

_____. Teoria geral do constitucionalismo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 23, n. 91, p. 5-62, jul./set. 1986b. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181702>>. Acesso em: 12 fevereiro 2017.

BARRETO, Lima. **Os Bruzundangas**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERTONHA, João Fábio. O pensamento corporativo em Miguel Reale: leituras do fascismo italiano no integralismo brasileiro. **Rev. Bras. Hist.**, São Paulo, v. 33, n. 66, p. 269-286, jul/dez. 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882013000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BEVILAQUA, Clovis; PINHEIRO, Nunes. **O Direito como Sciencia Positiva**: na obra científica de Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: Livraria Científica Brasileira, 1923.

BLOCH, Marc. **Apologia da história, ou, O ofício de historiador**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1980a.

_____. **Teoria do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980b.

CALMON, Pedro. **Curso de Direito Público**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

CAPPELLINI, Paolo. Codici. In FIORAVANTI, Maurizio (*a cura di*). **Lo Stato moderno in Europa**. Bari: Laterza, 2014. p. 102-127.

_____. **Storie di concetti giuridici**. Torino: Giappichelli, 2010.

CASSESE, Sabino. **Lo Stato fascista**. Bologna: Mulino, 2010.

_____. **Lo Stato introvabile**: modernità e arretratezza delle istituzioni italiane. Roma: Donzelli, 1998.

CODACCI-PISANELLI, Alfredo. **Scritti di diritto pubblico**. Castelo: S. Lapi, 1900.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DE GIOVANNI, Biagio. **Elogio della sovranità politica**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2015.

DE VITI DE MARCO, Antonio. **Un trentennio di lotte politiche: 1894-1922**. Roma: Collezione meridionale editrice, [1929].

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Eduardo Salgado. Lisboa: Inquérito, 1939.

_____. **Manuel de Droit Constitutionnel** : théorie générale de l'État. Libertés publiques. Organisation politique. Deuxième édition. Paris : Fontemoing & C^{ie}, éditeurs, 1911.

_____. **Souveraineté et liberté** : leçons faites à l'Université Colombia (New York) 1920-1921. Paris : Félix Alcan, 1922.

_____. **Traité de Droit Constitutionnel**. Troisième édition, tome deuxième : la théorie générale de l'État. Paris : Ancienne librairie Fontemoing & C^{ie}, 1928.

FARALLI, Carla. Léon Duguit filosofo del diritto. In: Leon Duguit. **Le trasformazione dello Stato**. Torino: G. Giappichelli, 2003, p. 27-41.

FASSÒ, Guido. **Storia della filosofia del diritto**. III Ottocento e Novecento. Roma: Laterza, 2001.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Freitas Bastos, 1964.

_____. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 2. ed. Tomo I. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

_____. **Teoria Geral do Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, 2 t.

FIORAVANTI, Maurizio **Appunti di storia delle costituzioni moderne**. Torino: G.Giappichelli, 2014.

_____. **Costituzione**. Bologna: Il Mulino, 1999.

_____. **Stato e costituzione**: materiali per una storia delle dottrine costituzionali. Torino: Giappichelli, 1993.

FIORAVANTI, Maurizio (*a cura di*). **Lo Stato moderno in Europa**. Bari: Laterza, 2014.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional**: Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

GERBER, Carl Friedrich von. **Grundzüge des deutschen Staatsrechts**. Leipzig: Tauchnitz, 1880.

GHISALBERTI, Carlo. **Storia costituzionale d'Italia 1848/1994**. Roma: Laterza, 2004.

GROSSI, Paolo. **Introduzione al novecento giuridico**. Bari: Laterza, 2012.

_____. **L'Europa del diritto**. Roma: Laterza, 2008.

_____. **Mitologie giuridiche della modernità**. Milano: Giuffrè, 2001.

_____. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HAURIOU, Maurice. **Aux sources du droit**: le pouvoir, l'ordre et la liberté. Paris: Bloud & Gay, 1933.

_____. **Précis de droit administratif** : contenant le droit public et le droit administratif. 2e édition. Paris: L. Larose & Forcel éditeurs, 1893.

_____. **Préface sur le droit public**. Bar-le-Duc :Contant-Laguerre, 1906.

_____. **Teoria da instituição e da fundação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: **Die Verfassung Deutschlands**, in: G. W. F. Hegel: Frühere Schriften, Werk 1, Suhrkamp Tachenbuch, Frankfurt/M., erste Auflage, 1986.

HELLER, Hermann. **Staatslehre**. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, 1983.

_____. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESPANHA, A. M.. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen rechte**. Freiburg I. B: Akademische verlagsbuchhandlung von J.C.B Mohr, 1892.

_____. **Teoria general del Estado**. Trad. y prólogo de Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000.

LERMINIER, Eugène. **Philosophie du Droit**. 3 édition. Paris : Guillaumin, 1853.

LICHTHEIM, George. **Europe in the Twentieth Century**. New York: Praeger publishers, 1972.

MAGALHÃES, Agamenon. **O Estado e a realidade contemporanea**. Recife: Oficinas Graphics do “Diário da Manhã”, 1933.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 33. ed. Atualizado por Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, Silva. **Elementos de Direito Publico e Constitucional**. Rio de Janeiro: Benjamin de Aguilã, 1911.

MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MICHEL, Henry. **L'idée de L'État** : essai critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France depuis la Révolution. 3 édition, revue. Paris: Hachette, 1898.

OCTÁVIO, Rodrigo. **Do dominio da União e dos Estados**: segundo a Constituição Federal. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1897.

OCTÁVIO, Rodrigo; VIANNA, Paulo D. **Elementos de Direito Publico e constitucional brasileiro**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: F. Briguet, 1919.

OCTÁVIO, Rodrigo. **Elementos de Direito Publico e constitucional brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Briguet, 1935.

ORLANDO, V.E. **Principii di diritto costituzionale**. 3. ed. Firenze: G Barbèra, 1894.

_____. **Principii di diritto costituzionale**. 5. ed. Firenze: G. Barbèra, 1928.

_____. **Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico**. Modena: Università di Modena, 1948.

PANARARI, Massimiliano. Léon Duguit e il suo tempo. In: Duguit, Leon. **Le trasformazioni dello Stato**. Torino: Giappichelli, 2003, p. 9-25.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 4. ed. Itajaí: Univali, 2013. Disponível em <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em 20 fev. 2017.

PATOTA, Giuseppe (*dir. Scientifica*). **I Garzantini Dizionario Italiano**. ed. aggiornata. Milano: Garzanti Linguistica, 2015.

REALE, Miguel (Org.) **Ensaio de Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1952 (Coleção Direito e Cultura).

_____. **Filosofia del diritto**. Traduzione di Luigi BAGOLINI e Giovanni RICCI. Torino: Giappichelli, 1956.

_____. **Fundamentos do direito**: contribuição ao estudo da formação, da natureza e da validade da ordem jurídica positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940a.

_____. **Fundamentos do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1998.

_____. **Obras políticas (1. fase-1931/1937)**. Brasília, DF: Ed. da UnB, 1983. 3 v.

_____. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Livraria Martins, 1940b.

_____. **Teoria do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

RIPEPE, Eugenio. La teoria dell'ordinamento giuridico: Santi Romano. In CAPPELLINI, Paolo *et al.* **Il pensiero giuridico italiano**. Roma: Treccani, 2015, p. 315-323.

ROMANO, Alberto. Nota bio-bibliográfica sobre Santi Romano. In ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2008, p. 33-55.

ROMANO, Santi. **Corso di diritto amministrativo**: principii generali. 2 ed. Padova: CEDAM, 1932.

_____. **Corso di diritto costituzionale**. Padova: CEDAM, 1926.

_____. **I caratteri giuridici della formazione del regno d'Italia**. Roma: Athenaeum, 1912.

_____. **I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative.**

Milano: Società editrice libraria, 1900.

_____. **L'Ordinamento Giuridico.** 2 ed. Firenze: Sansoni, 1945a.

_____. **La teoria dei diritti pubblici subbiettivi:** nozione sistematiche. Milano: Società editrice libraria, 1897.

_____. **Lo Stato Moderno e la sua crisi:** discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella r. Università di Pisa. Pisa: Vannucchi, 1909.

_____. **Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato.**

Palermo: Fratelli Marsala, 1898a.

_____. **O Ordenamento Jurídico.** Tradução de Arno Dal Ri Júnior.

Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

_____. **Oltre Lo Stato.** Italia: s/n., 1918.

_____. **Principii di diritto costituzionale generale.** Milano: Giuffrè, 1945b.

_____. **Princípios de Direito constitucional geral.** Tradução de Maria

Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

_____. **Prolusioni e discorsi accademici.** Modena: Università di

Modena, 1931.

_____. **Scritti Minori.** v.1. Milano: Giuffrè, 1950.

_____. **Sui cosiddetti «Staatsfragmente».** Bologna: Tipografia Alfonso Garagnani, 1898b.

ROSA, João Guimarães. **Grande sertão:** veredas. 21. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica:** introdução a uma leitura externa do direito. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SAHD, L.F.N.A.E.S. **Hugo Grotius: direito natural e dignidade.** Cadernos de Ética e Filosofia Política (USP), v. 15, p. 181-191, 2009. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/cefp/article/viewFile/82613/85574>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

SANDULLI, Aldo. Santi Romano. In BIROCCHI, Italo et al. **Dizionario biografico dei giuristi italiani.** Bologna: Il Mulino, 2013, v. 2, p. 1728-1731.

SEYDEL, Max von. **Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre.** Würzburg: A. Stuber's Buchhandlung, 1873.

STENDHAL. **Le Rouge et le Noir.** Paris: Le Divan, 1927.

TRENTIN, Silvio. **Diritto e Democrazia:** scritti sul fascismo 1928-1937. Vicenza: Marsilio Editori, 1988.

VALLADÃO, Haroldo. **História do direito especialmente brasileiro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

VALLADÃO, Haroldo. O Estudo e o Ensino do Direito Comparado no Brasil: séculos XIX e XX. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília: Senado Federal, v. 8, n.30, p. 3-14, abr./jun. 1971. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180807>>. Acesso em: 16 maio 2016.

VEYNE, Paul M. **Como se escreve a história e Foucault revolucionou a história.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3 ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.